

**Er det viktigere å bli kvitt én kriminell enn å frata et
barn sin far eller mor?
-Om forholdsmessighetsvurderingen i utvisningssaker**



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 603
Leveringsfrist: 25.04.2012

Til sammen 17 998 ord

18.04.2012

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>2</u>
1.1	Tema og problemstilling	2
1.1.1	Utvisning og forholdet til straff	3
1.1.2	Tall og statistikk	3
1.1.3	Fokuset i avhandlingen	5
1.1.4	Problemstilling og avgrensninger	5
1.2	Lovteksten og andre rettskilder	6
1.2.1	Utlendingsloven § 70	6
1.2.2	EMK art. 8	8
1.2.3	FNs barnekonvensjon art. 3	9
1.2.4	Domstolenes prøvelsesrett	10
<u>2</u>	<u>UTVISNINGSADGANGEN</u>	<u>12</u>
2.1	Vilkårene for utvisning	12
2.1.1	Utvisning av personer uten oppholdstillatelse, utl. § 66	12
2.1.2	Utvisning av personer med midlertidig oppholdstillatelse, utl. § 67	13
2.1.3	Utvisning av personer med permanent oppholdstillatelse, utl. § 68	14
2.1.4	Beviskravet i utvisningssaker	15
<u>3</u>	<u>GJENNOMGANG OG VURDERING AV RETTSPRAKSIS</u>	<u>16</u>
3.1	Hensynet til barn som vurderingsgrunnlag	17
3.1.1	Rt. 2000 s. 591	17
3.1.2	Rt. 2005 s. 229 og Rt. 2007 s. 667	18
3.1.3	Rt. 2009 s. 534	19
3.1.4	Rt. 2010 s. 1430	20
3.1.5	Rt. 2011 s. 948	21

3.2	Lav alder ved ankomst som vurderingsgrunnlag	22
3.2.1	Rt. 2005 s. 238	22
3.2.2	Rt. 2009 s. 546 og Rt. 2009 s. 1432	22
3.3	Vurdering av Høyesteretts praksis	23
3.3.1	Hensynet til barnets beste	24
3.3.2	Utlendingens tilknytning som følge av lav alder ved ankomst	25
3.3.3	Vekten av andre momenter i forholdsmessighetsvurderingen	27
<u>4</u>	<u>MENNESKERETTSSAKER MOT NORGE</u>	<u>28</u>
4.1	Darren Omoregie and others v Norway	28
4.1.1	Sakens faktum	28
4.1.2	Domstolens vurderinger	29
4.1.3	Slutninger av dommen	29
4.2	Nunez v Norway	30
4.2.1	Domstolens vurderinger	30
4.2.2	Dommens rekkevidde	31
4.2.3	Virkningene av <i>Nunez</i>	32
4.3	Antwi and others v Norway	37
4.3.1	Sakens faktum	37
4.3.2	Domstolens vurderinger	38
4.3.3	Rettstilstanden etter <i>Antwi</i>	38
<u>5</u>	<u>EN RETTSPOLITISK VURDERING AV UTVISNINGENSINSTITUTTET</u>	<u>40</u>
5.1	Utvisningens egnethet	41
5.2	Utvisningens nødvendighet	44
5.3	Utvisningens rimelighet	45
5.3.1	Er utvisning rimelig av hensyn til barn?	45
5.3.2	Er utvisning en rimelig sanksjon generelt?	48

<u>6</u>	<u>BØR FORHOLDSMESSIGHETSVURDERINGEN OVERTAS AV DOMSTOLENE?</u>	<u>50</u>
<u>7</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>53</u>
<u>8</u>	<u>LITTERATUR- OG KILDELISTE</u>	<u>56</u>

“Det er ikke grejdt at forstaa, hvor skoen trykker, naar en ikke har den paa.”

Peer Gynt

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

I henhold til utlendingsloven (utl.) § 70 kan en utlending ikke utvises dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene. I saker som berører barn, skal hensynet til barnets beste være et grunnleggende hensyn. Bestemmelsen er i hovedsak en videreføring av den forrige utlendingsloven og tidligere rettspraksis vil dermed fortsatt være relevant ved tolkningen av bestemmelsen. Til forskjell fra tidligere er imidlertid hensynet til barnets beste nå tatt inn i selve lovteksten. Forholdsmessighetsvurderingen er en del av den toleddete vurderingen utlendingsforvaltningen gjør i utvisningssaker. Først må det konstateres om de objektive vilkårene for utvisning er oppfylt, for deretter å bli vurdert om utvisningen vil være forholdsmessig i det enkelte tilfelle¹. I tillegg må det foretas en vurdering av varigheten av et innreiseforbud², noe som i praksis vil være en del av forholdsmessighetsvurderingen.

Forholdsmessighetsvurderingen i utvisningssaker er et av de mest kontroversielle temaene innen utlendingsretten, og vil ofte være en vurdering som går på tvers av rettsområder som strafferett, forvaltningsrett og barnerett. Den inkluderer også en vurdering av Norges internasjonale forpliktelser, da særlig EMK art. 8 og Barnekonvensjonen art. 3. Det må derfor alltid foretas en bred vurdering av hvorvidt en utvisning vil være forholdsmessig i det konkrete tilfellet.

¹ *Utlendingsloven – kommentarutgave* (2010) s. 423

² Jfr. utl. § 71

1.1.1 Utvisning og forholdet til straff

Utvisning blir i norsk rett ikke regnet som straff³ i straffelovens forstand. Den har likevel flere likhetstrekk med en straffesanksjon, og vil nok ofte kunne føles som en strengere reaksjon enn fengsel og andre strafferettslige sanksjoner. Også i sin begrunnelse kan utvisning minne om straff ved at det er de allmennpreventive hensyn som først og fremst trekkes frem.

Straff kan sies å innebære at myndighetene fratar en lovbrøyer et gode⁴. Det kan for eksempel være en persons frihet ved ilegging av fengselsstraff og forvaring, eller deler av en persons formue eller rettigheter ved ilegging av bøter eller rettighetstap. For den som er bosatt i riket vil en utvisning ikke bare føre til tap av oppholdstillatelsen, men også føre til tap av sivile, politiske, sosiale, kulturelle og økonomiske rettigheter man ellers ville hatt i medhold av norsk lov. Til tross for sine likheter med en straffesanksjon har utvisning kun blitt betraktet som et administrativt rettighetstap i norsk rett⁵. Et utvisningsvedtak fattes i dag av utlendingsmyndighetene, med mulighet for å bli overprøvd av domstolene⁶.

1.1.2 Tall og statistikk

I 2010 fikk 3426 personer et utvisningsvedtak. Dette var en økning på nesten 30 prosent fra året før, og mer enn en dobling i forhold til 2008⁷. Statistikk fra Utlendingsdirektoratet viser at 2198 av disse ble fattet som følge av brudd på utlendingsloven, 731 som følge av ilagt straff og 497 som følge av EØS-regelverket⁸. Det er uklart hvor mange av disse sakene som involverte barn, men i en undersøkelse fra 2003⁹ omfattet omtrent 10 prosent

³ Jfr. bl.a. straffeloven § 15, Rt. 2005 s. 229 og *Maaouia v France*

⁴ NOU 2004: 20

⁵ NOU 2004: 20

⁶ *Utlendingsloven – kommentarutgave* (2010) s. 422

⁷ UDIs nøkkeltall om innvandring (2011)

⁸ UDIs årsrapport (2011)

⁹ Undersøkelsen gjaldt utvisningssaker fra 2001.

av sakene mindreårige barn bosatt i riket, eller tilfeller hvor utlendingen ventet barn som ville bli bosatt¹⁰.

Det er de færreste av utvisningssakene som kommer for retten, men siden 2000 har minst 11 saker om utvisning blitt brakt inn for Høyesterett, hvorav 10 av disse er fra 2005 og senere. Dette inkluderer én sak hvor Høyesterett vurderte rekkevidden av prøvingsretten ved spørsmål om utvisning av hensyn til rikets sikkerhet¹¹, samt én sak som gjaldt opprettholdelse av et innreiseforbud¹². Sammenlignet med tidligere, hvor det lenge var uklart om domstolene kunne prøve forholdsmessighetsvurderingen, har det altså de siste 6-7 årene vært en betydelig økning i antallet utvisningssaker som kommer helt til Høyesterett, og i de aller fleste av disse sakene er det forholdsmessighetsvurderingen som er det sentrale spørsmålet. Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen (EMD) har videre avsagt dom i tre saker hvor Norge har vært part. I 2008 fikk Norge medhold i EMD i et vedtak om utvisning¹³. Saken hadde tidligere ikke blitt tillatt fremmet for Høyesterett. Det samme skjedde i februar 2012¹⁴, hvor saken heller ikke var blitt tillatt fremmet for Høyesterett. I juni 2011 ble Norge derimot felt i EMD i saken *Nunez v Norway*, og retten fant at utvisning ville være et brudd på EMK art. 8. Av de ni sakene for Høyesterett som direkte har dreiet seg om forholdsmessighetsvurderingen, har retten kommet til at utvisningsvedtaket var ugyldig i tre av dem, mens det i tre av de resterende seks sakene har vært sterk dissens. Det er altså en svært skjønsmessig vurdering som skal foretas, hvor små nyanser vil kunne gi store utslag.

¹⁰ Hansen og Bolstad (2005) s. 4

¹¹ Rt. 2007 s. 1573

¹² Rt. 2008 s. 560

¹³ *Darren Omoregie and others v Norway*

¹⁴ *Antwi and others v Norway*. Dommen er per. 18. april 2012 ikke rettskraftig og kan kreves å bli oversendt til storkammeret av en av partene innen tre måneder fra domsavsigelsen, jfr. EMK art. 43 og 44. Det må derfor tas et forbehold om at saken ikke blir overprøvd av storkammeret. Dommen er likevel så viktig at den bør behandles i denne avhandlingen.

1.1.3 Fokuset i avhandlingen

Det vil i avhandlingen være et hovedfokus på hvorvidt hensynet til barn i tilstrekkelig grad blir ivaretatt i utvisningssaker. Sammen med tilknytning til riket er dette den viktigste årsaken til at en utvisning vil være uforholdsmessig. Videre vil det bli foretatt en vurdering av EMDs dom i *Nunez* og sammenligne den med praksis fra Høyesterett. I dommen ble hensynet til barn, i vesentlig større grad enn tidligere, gitt økt betydning på bekostning av statens interesser. Det vil derfor være interessant å se på hvordan denne dommen vil virke inn på fremtidig forvaltnings- og domstolspraksis. Blant annet har UDI tatt til orde for en lempeligere praksis hvor barn er involvert, samt at andre sanksjonsmuligheter bør vurderes som erstatning for utvisning. På den annen side kan dommen fra februar 2012¹⁵ igjen ha justert rettstilstanden i motsatt retning. Følgene av denne dommen vil derfor også måtte vurderes. Til slutt vil det bli foretatt en mer generell rettspolitisk vurdering av forholdsmessighetsvurderingen, hvor det også blir drøftet hvorvidt forvaltningen eller domstolene er best egnet til å foreta denne skjønnsmessige vurderingen.

1.1.4 Problemstilling og avgrensninger

Problemstillingen for avhandlingen vil være som følger:

Er det viktigere å bli kvitt én kriminell enn å frata et barn sin far eller mor?

Som man ser av problemstillingens ordlyd legges det opp til en todelt vurdering av utvisningsreglene *de lege lata* og *de lege ferenda*. Avhandlingen vil derfor fortrinnsvis bygge på en vurdering av hva domstolene vektlegger i forholdsmessighetsvurderingen, samt en rettspolitisk drøftelse av den gjeldende rettstilstanden.

En utlending som er EØS-borger, har et utvidet vern mot utvisning etter utl. § 122. Det skal også i slike tilfeller foretas en forholdsmessighetsvurdering¹⁶ på samme måte som i andre

¹⁵ Antwi and others v Norway

¹⁶ Jfr. utl. § 122 (4)

utvisningssaker¹⁷, og vurderingene er i stor grad sammenfallende. Ettersom utvisningsreglene er annerledes for EØS-saker, vil de av plasshensyn ikke bli behandlet i denne avhandlingen. Drøftelsene av forholdsmessighetsvurderingen vil likevel kunne ha betydning for EØS-sakene.

Videre vil det bli avgrenset mot tilfeller hvor personer blir sendt ut av landet som følge av avslag på sine asylsøknader, så lenge de ikke også får et utvisningsvedtak. I slike tilfeller kan familier ofte oppholde seg lenge i Norge som følge av at de er ikke-returnerbare eller at utsendelsen ikke blir effektivt. Slike saker stiller likevel opp flere av de samme spørsmålene omkring hensynet til barn. Også bortvisning av utlendinger faller utenfor avhandlingens tema.

1.2 Lovteksten og andre rettskilder

1.2.1 Utlendingsloven § 70

Reglene for utvisning er regulert i utlendingsloven §§ 66-68, som nedfeller de objektive vilkårene for utvisning, samt bestemmelsene i utlendingsforskriftens kapittel 14. Disse reglene komplementeres av forholdsmessighetsvurderingen i § 70 som skal foretas ved alle utvisningsvedtak. Utlendingsloven § 70 (1) lyder som følger:

”En utlending kan ikke utvises dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene. I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn”.

Bestemmelsen gir anvisning på en vurdering av forholdet mellom mål og middel. Det følger av forarbeidene¹⁸ at målet er at utvisningen skal virke preventivt. Utvisningen er

¹⁷ Jfr. Rt. 2009 s. 705

¹⁸ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007)

middelet som skal oppnå dette målet. For å være forholdsmessig må imidlertid middelet oppfylle tre krav: Det må være egnet, nødvendig og rimelig, og alle tre må være oppfylt¹⁹.

I utvisningssaker er det en bred og konkret vurdering som legges til grunn. Den er utformet som en sikkerhetsventil som skal verne personer mot utvisning der det vil virke urimelig og støtende å utvise. Det er vanskelig å si konkret hva bestemmelsen inneholder, men høyesterettspraksis og forarbeider gir en viss veiledning på hvordan den skal tolkes. Eksempelvis kan det slås fast at jo grovere kriminalitet personen er dømt for, jo mer skal det til for ikke å utvise av andre grunner²⁰. Som et utgangspunkt for forholdsmessighetsvurderingen fastslo Høyesterett i Rt. 1996 s. 551 at det avgjørende er om grunnlaget for utvisningen står i et rimelig forhold til de negative virkningene den har for familie- og privatliv. Det ble slått fast allerede i Rt. 2005 s. 229 at barnets beste skal trekkes inn som en selvstendig vurdering i forholdsmessighetsvurderingen. Selv om implementeringen av dette hensynet i lovteksten ikke var ment å innebære noen realitetsendring, er den et signal om viktigheten av at hensynet til barns beste blir vurdert, og kan føre til en økt bevissthet omkring dette i praksis²¹. Høyesteretts tolkning av § 70 vil bli drøftet nærmere i kapittel 3.

Det følger av menneskerettsloven § 2 nr. 4, jfr. § 3, at Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon og FNs barnekonvensjon ikke bare gjelder som norsk lov, men også skal ha forrang ved motstrid. Disse konvensjonene må derfor vurderes konkret ved hvert vedtak som fattes, enten det er av forvaltningen eller domstolene, og bør som følge av forrangsbestemmelsen også gis avgjørende vekt. Når det gjelder forholdsmessighetsvurderingen er det først og fremst EMK art. 8 og Barnekonvensjonen art. 3 som er aktuelle og som vil bli vurdert her. Imidlertid bør også andre bestemmelser som for eksempel Barnekonvensjonen art. 9 og 12 om barnets rett til ikke å bli skilt fra sine foreldre, og barnets rett til å bli hørt, bli trukket inn i vurderingen av barnets situasjon. Det har til tider

¹⁹ Meidell (2010) s. 179

²⁰ *Utlendingsrett* (2004) s. 335

²¹ Sandberg (2012) s. 284

vært en holdning i norsk rett at norske lover tilfredsstiller standarden og vel så det i forhold til hva som kreves etter disse konvensjonene. Praksis fra EMD og uttalelser fra FNs barnekomité viser imidlertid at dette ikke nødvendigvis alltid er tilfelle.

1.2.2 EMK art. 8

Ordlyden i EMK art. 8 er som følger:

”Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

Utgangspunktet er bestemmelsens første ledd som hjemler en generell regel om retten til et privat- og familieliv. Begrepet familieliv forutsetter en eksisterende enhet. Det kan enten opprettes ved ekteskap, men også samboerskap med en viss varighet omfattes. Båndene mellom foreldre og barn omfattes klart av bestemmelsen, men også forholdet mellom besteforeldre og barn kan omfattes. Til og med tanter, onkler og søskenbarn kan omfattes av art. 8, avhengig av den konkrete situasjon. Man står derfor overfor et relativt familiebegrep som beror på den faktiske tilknytningen²².

Bestemmelsens annet ledd oppstiller bestemte vilkår som kan gjøre et inngrep i familielivet tillatt, og det er disse vilkårene som står sentralt i forholdsmessighetsvurderingen. Utvisningen må da være i samsvar med lov og være nødvendig i et demokratisk samfunn. Nødvendighetsvurderingen kan igjen deles i to kumulative vilkår. For det første må det

²² Aall (2011) s. 207-209

være et presserende behov for inngrepet, og dessuten må det stå i forhold til formålet. Men andre ord kan man spørre seg om det etter omstendighetene er nødvendig å gå frem på en så inngripende måte²³. Ved spørsmål om den enkelte utvisning er nødvendig, har medlemslandene blitt gitt en skjønnsmargin - ”*a margin of appreciation*”. Hvor stor vekt EMD vil legge på statens oppfatning i den enkelte sak, varierer. Statens skjønnsmargin vil normalt være snevrere ved fundamentale rettigheter som inngrep i liv og integritet enn ved for eksempel økonomiske rettigheter²⁴. I utvisningssaker har Høyesterett som nevnt vurdert det slik at det ”[a]vgjørende er om utvisningen på det grunnlag den har, står i et rimelig forhold til de negative virkninger den har for familieliv og privatliv”²⁵. Videre følger det av forarbeidene²⁶ til utlendingsloven at vurderingen av om utvisningen er ”nødvendig” etter art. 8 nr. 2 i stor grad faller sammen med den vurderingen som allerede skal bli gjort etter utl. § 70. Etter dommen som ble avsagt i *Nunez*, kan det imidlertid stilles spørsmål ved riktigheten av dette.

1.2.3 FNs barnekonvensjon art. 3

Barnekonvensjonen art. 3 (1) lyder som følger:

“In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.”

Artikkelen angir ikke en konkret definert rettighet, men er et prinsipp som skal gjelde for alle barn i nær sagt alle saker som gjelder dem²⁷. Selv om et tilsvarende hensyn nå er

²³ Aall (2011) s. 142

²⁴ Aall (2011) s. 144

²⁵ Jfr. Rt. 1996 s. 551 på s. 558

²⁶ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007)

²⁷ Haugli (2012) s. 52

nedfelt i utl. § 70, skal Barnekonvensjonen alltid vurderes²⁸. Ved anvendelsen av prinsippet om barns beste er selve ideen at det skal tas utgangspunkt i det enkelte barns behov og forutsetninger. Barn har et helt grunnleggende behov for omsorg og beskyttelse, samt et stabilt og varig forhold til familien²⁹. Barnets beste er relativt, og bestemmelsen må derfor vurderes i hver enkelt sak som berører barn. Av nyere praksis i EMD ser man at også Menneskerettsdomstolen nå benytter Barnekonvensjonen som en selvstendig rettskilde³⁰.

For å fastslå innholdet i forholdsmessighetsvurderingen vil fremstillingen videre bygge på de rettskildene som er nevnt ovenfor, samt en inngående vurdering av praksis fra Høyesterett og EMD. Slik praksis vil kunne tillegges relativt stor vekt ettersom forholdsmessighetsvurderingen i stor grad bygger på skjønnsmessige vurderinger. Videre vil forarbeider og juridisk teori bli trukket inn etter alminnelig juridisk metode. De reelle hensyn står sentralt i forholdsmessighetsvurderingen, og det vil derfor være naturlig å foreta en inngående rettspolitisk drøftelse av reglene til slutt.

1.2.4 Domstolenes prøvelsesrett

Høyesterett har blant annet i avgjørelsene Rt. 1998 s. 1795, Rt. 2000 s. 591 og Rt. 2007 s. 667 slått fast at forholdsmessighetsskjønnet ved utvisning kan prøves av domstolene, og det følger av forarbeidene til den nye utlendingsloven at denne praksisen skal videreføres³¹. Domstolenes prøvelsesrett vil derfor ikke bli problematisert ytterligere i denne avhandlingen, men det kan likevel stilles spørsmål ved om utvisningsvedtaket bør trekkes inn i domsslutningen i straffesaker, slik at det er domstolene og ikke utlendingsmyndighetene som fatter vedtak om utvisning. Videre kan det diskuteres om det fortsatt bør være en videre adgang for domstolene til å prøve forholdsmessigheten av en utvisning enn det er til å prøve hvorvidt det foreligger sterke menneskelige hensyn etter utl. § 38. § 38 er en

²⁸ Jfr. utl. § 3

²⁹ Haugli (2012) s. 53

³⁰ Nunez v Norway

³¹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007)

kan-bestemmelse med et vidt rom for skjønn, og det følger av rettspraksis³² at domstolene ikke kan prøve om det foreligger sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket i den konkrete sak. I likhet med utl. § 70 skal barnets beste også etter denne bestemmelsen være et grunnleggende hensyn i saker som gjelder dem. Ettersom dette er forankret i Barnekonvensjonen art. 3, har det vært stilt spørsmål ved om det bør foreligge en utvidet domstolskontroll på dette området³³. Dette ble til en viss grad bekreftet i Rt. 2009 s. 1261 hvor Høyesterett kom til at domstolene kan prøve forvaltningens *”generelle forståelse”* av begrepet, og påse at hensynet er *”forsvarlig vurdert og avveid mot eventuelle motstående hensyn. Den konkrete interesseavveiningen, hører derimot under forvaltningens frie skjønn”*³⁴. Den noe utvidede domstolskontrollen ved hensynet til barn ble bekreftet i Rt. 2009 s. 1374. At det imidlertid ikke foreligger en full prøvelsesrett i slike saker, gir grunn til å stille spørsmål ved om rettssikkerheten til den enkelte blir tilstrekkelig ivarettatt. Norge er ikke folkerettslig forpliktet til å gi oppholdstillatelse av humanitære grunner, men bestemmelsen ligger likevel ikke helt utenfor rammen av Norges folkerettslige forpliktelser, og de internasjonale menneskerettighetene kan gi føringer for skjønnsutøvelsen, jfr. utl. § 3³⁵. Gode grunner taler for at når loven, slik som ved sterke menneskelige hensyn, stiller opp betingelser av juridisk/etisk/rettssikkerhetsmessig art, bør domstolene som regel ha full kontroll med lovanvendelsen³⁶. En videre vurdering av denne problemstillingen vil av plasshensyn ikke bli foretatt³⁷.

Som nevnt kan domstolene som følge av Rt. 2007 s. 1573 heller ikke prøve fullt ut vurderingen av om utvisningen er nødvendig av hensyn til rikets sikkerhet eller grunnleggende nasjonale interesser.

³² Jfr. bl.a. Rt. 2008 s. 681 og Rt. 2009 s. 851

³³ *Utlendingsloven – kommentarutgave* (2010) s. 305

³⁴ Jfr. avsnitt 77

³⁵ *Utlendingsloven – kommentarutgave* (2010) s. 304

³⁶ Boe (2009) s. 24

³⁷ For en videre drøftelse av dette kan det vises til Boe (2009) s. 9-32.

2 Utvisningsadgangen

2.1 Vilkårene for utvisning

Adgangen til å utvise reguleres av utlendingslovens kapittel 8. Vilkårene for utvisning følger av den enkelte bestemmelse, avhengig av typen oppholdstillatelse. Jo mer permanent oppholdstillatelsen er, jo strengere er vilkårene for å utvise. Også barn over 15 år som selv straffes for alvorlige straffbare handlinger, vil i prinsippet kunne utvises³⁸. Dette kan imidlertid komme i konflikt med Barnekonvensjonen, og man bør være tilbakeholden med en slik praksis om ikke barnet har nær familie og annen tilknytning til hjemlandet.

2.1.1 Utvisning av personer uten oppholdstillatelse, utl. § 66

Utl. § 66 gir hjemmel til å utvise personer uten oppholdstillatelse. Det fremkommer av bestemmelsens bokstav a at det kan utvises dersom utlendingen grovt eller gjentatt har overtrådt bestemmelser i utlendingsloven, eller unndratt seg en effektuering av et negativt oppholdsvedtak. Videre kan det etter bokstav b utvises dersom utlendingen er ilagt straff i utlandet de siste fem årene som etter norsk lov kan medføre fengselsstraff i mer enn tre måneder. Etter bokstav c kan det også utvises dersom utlendingen i løpet av de siste tre årene har pådratt seg en slik straff i Norge, eller i løpet av de siste tre årene er ilagt fengselsstraff flere ganger. Etter bokstav d og e kan det også utvises dersom lignende vedtak er fattet i et annet Schengenland eller grunnleggende nasjonale interesser gjør det nødvendig.

Hva som ligger i begrepene ”grovt” eller ”gjentatt”, er ikke regulert i loven og beror i stor grad på skjønn. Av Rt. 2009 s. 534 følger det at overtredelsene må ses i et forvaltningsrettslig perspektiv, og det kan ikke legges vesentlig vekt på hvordan de ville blitt bedømt strafferettslig³⁹. Generelt kan man si at uriktige opplysninger som kan være utslagsgivende for de rettigheter man søker å oppnå, betraktes som grove, mens uriktige

³⁸ Einarsen (2008) s. 27

³⁹ Jfr. avsnitt 49

opplysninger som ikke er avgjørende for de rettigheter man søker å oppnå, ikke betraktes som grove. Ved ulovlig opphold skal det for eksempel svært lite til før utvisning kan bli aktuelt. Det følger av utlendingsmyndighetenes praksis at det er tilstrekkelig for utvisning at det ulovlige oppholdet har vart utover én uke⁴⁰. Gjentatte overtredelser foreligger både der utlendingen på samme tid overtrer flere bestemmelser i utlendingsloven og der utlendingen på forskjellige tidspunkt overtrer samme bestemmelse. Enhver gjentatt overtredelse vil kunne få betydning og danne grunnlag for utvisning, men overtredelsens karakter vil kunne komme inn i forholdsmessighetsvurderingen. Når det gjelder unndragelse av effektuering, foreligger det en entydig og fast praksis på at unndragelseskriteriet er oppfylt hvor utlendingen forholder seg passiv i forhold til sin utreiseplikt når et negativt vedtak er fattet. Omstendighetene rundt unndragelsen vil imidlertid kunne ha betydning for forholdsmessighetsvurderingen⁴¹.

Det er altså en forholdsvis bred utvisningsadgang for personer uten oppholdstillatelse, og politisk har bestemmelsen blitt ansett for å være helt nødvendig for opprettholdelsen av en troverdig utlendingspolitikk. Ofte vil utlendingen ikke ha noen særlig i tilknytning til riket i slike tilfeller, men det kan også for eksempel være at utlendingen kun har oppholdt seg ulovlig i landet i kortere perioder, mellom innvilgelse av nye oppholdstillatelser. Slik den norske utlendingspolitikken blir praktisert i dag, kan dessuten personer oppholde seg over lengre tid i Norge ulovlig uten at en utsendelse blir effektuert. Dersom man også får barn i riket og kanskje også arbeider, kan man opparbeide seg en forholdsvis sterk tilknytning til Norge. Noen av eksemplene i kapittel 3 vil vise dette.

2.1.2 Utvisning av personer med midlertidig oppholdstillatelse, utl. § 67

Etter utl. § 67 kan det fattes vedtak om utvisning av personer som har midlertidig oppholdstillatelse i Norge. I motsetning til § 66 danner ikke overtredelser av

⁴⁰ *Utlendingsloven – kommentarutgave* (2010) s. 426. Dette kan imidlertid stille seg annerledes ved forholdsmessighetsvurderingen, jfr. utf. § 14-1.

⁴¹ *Utlendingsloven – kommentarutgave* (2010) s. 426-427

utlendingsloven grunnlag for utvisning etter bestemmelsen. For at myndighetene skal kunne utvise personer med midlertidig oppholdstillatelse på grunn av brudd på utlendingsloven, må man gå via reglene om tilbakekallelse av oppholdstillatelsen i § 63, og deretter utvise etter reglene i § 66 bokstav a. Det samme vil gjelde for personer med permanent oppholdstillatelse⁴². Vilkårene i bestemmelsen er etter bokstav a og b at utlendingen i løpet av de siste fem årene i utlandet har blitt ilagt en straff som etter norsk lov kan medføre fengselsstraff i mer enn ett år, eller for mindre enn ett år siden har pådratt seg slik straff i Norge. Videre gir paragrafen i bokstav c, d og e anledning til å utvise dersom det er ilagt straff for brudd på visse bestemmelser i straffeloven, eller dersom grunnleggende nasjonale interesser gjør det nødvendig.

2.1.3 Utvisning av personer med permanent oppholdstillatelse, utl. § 68

Utl. § 68 gir anledning til å utvise personer som har permanent oppholdstillatelse. Vilkårene er stort sett sammenfallende med § 67, men strafferammen på fengselsstraffen er økt fra ett til to år. Bestemmelsen vil kunne være svært inngripende overfor den enkelte, ettersom man ved permanent oppholdstillatelse som regel har opparbeidet seg en sterk tilknytning til det norske samfunnet.

Etter utl. § 69 foreligger det et absolutt vern mot utvisning av norske statsborgere og utlendinger som er født i riket og som senere har hatt uavbrutt fast bopel her. Det kan virke urimelig at utlendinger som oppfyller vilkårene til statsborgerskap i statsborgerloven § 7, men som ikke er norske statsborgere, risikerer å bli utvist, mens personer som har formalisert sitt forhold til Norge i form av statsborgerskap, er vernet mot utvisning⁴³. Tilknytningen til Norge kan være minst like sterk for en som av ulike grunner ikke har søkt om statsborgerskap som for en som har det. Selv om forholdsmessighetsvurderingen skal fange opp tilfeller hvor det vil være urimelig å utvise, gir det ikke nødvendigvis dem som oppfyller vilkårene til statsborgerskap et absolutt vern mot utvisning.

⁴² Jfr. pkt. 2.1.3

⁴³ Aall (2011) s. 216

En person kan heller ikke utvises til et område som nevnt i utl. § 73, jfr. § 28. Dette følger også av EMK art. 3, som setter opp et generelt forbud mot å utsette noen for en reell risiko for tortur eller umenneskelig behandling ved retur til et annet land.

2.1.4 Beviskravet i utvisningssaker

Ettersom utvisning er en forvaltningsrettslig sanksjon med et klart pønalt preg, kan det stilles spørsmål ved hvilket beviskrav som skal legges til grunn i utvisningssaker. Med beviskrav menes det hvilken grad av sannsynlighet som skal foreligge for at et visst faktum anses bevist⁴⁴. Ved tilfeller som innebærer brudd på straffeloven, vil det som regel først være en straffesak for domstolene med en påfølgende reaksjon fra forvaltningen. I slike tilfeller vil bevisene for at det strafferettslige forholdet har skjedd allerede være vurdert av domstolene etter de strafferettslige beviskravene. Bevisene for at de resterende utvisningsvilkårene er tilstede må likevel tilfredsstille de forvaltningsrettslige beviskravene.

Verken utlendingsloven eller forvaltningsloven inneholder lovbestemmelser om hvilke krav som skal stilles til bevisene. Det er imidlertid klart at forvaltningens kompetanse må utøves på grunnlag av korrekte fakta, og at forvaltningen skal påse at saken er så godt opplyst som mulig⁴⁵. Dersom korrekte fakta ikke er brukt, eller saken ikke er godt nok opplyst kan det føre til ugyldighet. I mangel av klare lovbestemmelser om beviskravet, må det generelt på forvaltningsrettens område tas utgangspunkt i at det kreves alminnelig sannsynlighetsovervekt for at de fakta som blir lagt til grunn, er korrekte. Gode grunner kan imidlertid tale for å legge et strengere beviskrav til grunn ved pønale og strafflignende forvaltningssanksjoner⁴⁶.

⁴⁴ Graver (2004) s. 467

⁴⁵ Jfr. forvaltningsloven § 17

⁴⁶ Eckhoff (2010) s. 428

I Rt. 2008 s. 1409, som gjaldt en sak om illeggelse av tilleggsskatt, uttalte førstvoterende at *”det sivilprosessuelle kravet til bevis er i utgangspunktet alminnelig sannsynlighetsovervekt. Dette kravet til bevisets styrke begrunnes gjerne med at partenes interesser er likeverdige og kontrære, og at en ved å nøye seg med sannsynlighetsovervekt totalt sett sikrer flest materielt riktige dommer”*⁴⁷. Det følger imidlertid videre av dommen at borgernes beskyttelsesbehov tilsier at det i enkelte tilfeller stilles krav til mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt, og Høyesterett kom til at illeggelse av tilleggsskatt krevde klar sannsynlighetsovervekt. På strafferettens område skal det bevises utover enhver rimelig tvil at det straffbare forholdet er begått⁴⁸. Partenes interesser i straffesaker og ved forvaltningssanksjoner av pønalt karakter er, i motsetning til i sivilprosessen, ikke-kontrære. Det vil si at statens interesse i å få en skyldig person straffet, ikke tilsvarer den uskyldiges interesse i å gå fri⁴⁹. Selv om beviskravet i utvisningssaker trolig ikke bør ligge helt på strafferettens nivå, bør det likevel være rimelig å anta at forvaltningen skal legge til grunn et beviskrav som minst krever klar sannsynlighetsovervekt.

3 Gjennomgang og vurdering av rettspraksis

Forholdsmessighetsvurderingen beror i stor grad på en skjønnsmessig vurdering hvor ulike hensyn veies mot hverandre. Forarbeidene gir en viss veiledning på hvilke momenter som skal tillegges vekt, men det vil være nødvendig å se nærmere på høyesterettspraksis for å finne ut hvordan momentene blir vektet mot hverandre. Nyere rettspraksis vil kunne bli ansett som prejudikater⁵⁰ for senere vedtak som forvaltningen fatter i lignende saker. Fordi saker om utvisning skjer etter en konkret vurdering og sjelden er helt like, vil likevel prejudikativirkingen av den enkelte dom til tider kunne være begrenset, men først og

⁴⁷ Jfr. avsnitt 39

⁴⁸ Andenæs (2004) s. 102

⁴⁹ Berg (2005) s. 98

⁵⁰ Med prejudikat menes at avgjørelsen er et mønster det kan være aktuelt å følge, jfr. Eckhoff (2001) s. 159.

fremst ha betydning som argumentasjonskilde⁵¹. Uavhengig av om avgjørelsene har status som prejudikat eller ikke, eksemplifiserer sakene godt den gjeldende praksisen i norsk rett, og vil ha betydning for hvordan man tolker reglene i senere saker.

I det følgende vil det derfor bli foretatt en kort gjennomgang av ni av de elleve avgjørelsene som har vært i Høyesterett fra 2000 til i dag. De to avgjørelsene som har dreiet seg om Høyesteretts prøvelsesrett ved utvisning av hensyn til rikets sikkerhet, eller opprettholdelse av et innreiseforbud, vil ikke være relevante for den videre drøftelsen og vil derfor ikke bli behandlet. Selv om det skal foretas en helhetsvurdering etter § 70, vil det avgjørende spørsmålet som regel være hvorvidt hensynet til barn, eller utlendingens tilknytning til riket, tilsier at utvisning vil være uforholdsmessig. Avgjørelsene vil derfor bli systematisert slik at det først blir redegjort for de sakene som omhandlet barn, og dernest de som gjaldt tilknytning til riket.

3.1 Hensynet til barn som vurderingsgrunnlag

3.1.1 Rt. 2000 s. 591

Saken gjaldt en polsk statsborger som kom til Norge i 1985 og fikk opphold på humanitært grunnlag. Utvisningsvedtaket ble opprettholdt av Høyesterett, under dissens 3-2, som følge av at han i 1994 ble dømt til to års ubetinget fengsel for utuktig omgang med sin datter og samboerens barn fra et tidligere ekteskap. Mannen var på domstidspunktet gift med sin norske samboer, og de hadde felles omsorg for deres to barn som ikke hadde vært involvert i det straffbare forholdet. Både flertallet og mindretallet la til grunn at det ville være en stor belastning for barna å leve atskilt fra faren, og at også det ene barnet hadde reagert særlig negativt psykisk da faren satt i fengsel. Flertallet fant likevel at disse forholdene ikke gjorde vedtaket uforholdsmessig da forbrytelsen var særlig alvorlig. Flertallet var videre av den oppfatning at det var mulig for familien å leve samlet i Polen, men at kvinnen selv ikke

⁵¹ Smith og Lødrup (2006) s. 140

ønsket dette. Mindretallet var uenig i dette og mente også at en utvisning ville by på ekstra belastninger for henne i den daglige omsorgen for barna og mannens pleietrengende mor som også bodde i Norge. Mindretallet vektla også tiden som var gått fra lovbruddet til utvisningstidspunktet.

3.1.2 Rt. 2005 s. 229 og Rt. 2007 s. 667

I Rt. 2005 s. 229 ble utvisning enstemmig kjent ugyldig av Høyesterett. Mannen, som var pakistansk statsborger, kom til Norge i 1995 etter at han hadde giftet seg med en norsk statsborger som var annengenerasjons innvandrere. Han hadde arbeidstillatelse fram til 1998, og fikk midlertidig oppholdstillatelse i 2004. Fra 1999 hadde han jobb i fast stilling uten arbeidstillatelse. Utvisningsvedtaket ble fattet i 2003 på bakgrunn av at han var dømt til åtte måneders ubetinget fengsel for legemsfornærmelse og dokumentfalsk. Høyesterett la særlig vekt på hensynet til de tre barna. Sett hen til barnas skolegang, språkproblemer mv. mente retten at det var urealistisk at familien samlet kunne flytte til Pakistan. Mannens ektefelle hadde psykiske problemer, og barna hadde tidligere opplevd det svært traumatisk da faren hadde sonet fengselsstraffen. Da det heller ikke forelå gjentakelsesfare, kom Høyesterett til at en utvisning ville være uforholdsmessig.

I Rt. 2007 s. 667 ble utvisningsvedtaket enstemmig opprettholdt av Høyesterett. Mannen hadde ankommet Norge sammen med familien i 1987, men ble i 1996 dømt til fem års fengsel for narkotikaforbrytelser. Forholdsmessigheten ble vurdert i forhold til ektefellen og den eldste sønnen på 27 år, som pga. en alvorlig psykisk lidelse var avhengig av daglig omsorg fra foreldrene. Høyesterett mente at det ikke kunne oppstilles noe absolutt krav om at barna var mindreårige, og også sønnen måtte omfattes av bestemmelsen. Utvisningen var likevel ikke uforholdsmessig i dette tilfellet.

3.1.3 Rt. 2009 s. 534

I denne saken ble utvisning av en kvinne med to mindreårige barn i Norge opprettholdt under dissens 3-2. Norge ble senere felt i EMD i samme sak⁵². Grunnlaget for utvisningen var gjentatte og grove overtredelser av utlendingsloven. Kvinnen, som var fra Den Dominikanske Republik, ble utvist fra Norge i 1996 pga. butikktveri, men returnerte til Norge under falskt pass. Hun fikk oppholdstillatelse i Norge og fikk to barn med en dominikansk mann. Da saken sto for Høyesterett, var barna blitt henholdsvis seks og syv år gamle. Samlivet mellom den utviste og mannen ble brutt i 2005, og kvinnen ble samme år utvist pga. bruddene på utlendingsloven. I dommen uttalte Høyesterett at kvinnens brudd på utlendingsloven i høy grad rammer de kontrollhensyn loven skal ivareta. Utlendingslovens system baseres i stor grad på tillit, og dersom ikke slike brudd skal få konsekvenser, vil det kunne undergrave respekten for regelverket og virke urettferdig for alle de som er lovlydige⁵³. Høyesterett tillar ikke utlendingens langvarige opphold i Norge noen særlig vekt i forholdsmessighetsvurderingen, da dette oppholdet i stor grad hadde vært ulovlig. Med henvisning til praksis fra EMD⁵⁴ kunne hun derfor ikke sies å ha hatt noen berettiget forventning om å få bli i landet da hun stiftet familie. Retten viste videre til Barnekonvensjonen og ny utlendingslov, og mente det var på det rene at hensynet til barnets beste skulle være et grunnleggende hensyn, men ikke nødvendigvis avgjørende. Som følge av at barna nå bodde hos sin far og kunne besøke moren i skoleferier, mente flertallet at en utvisning ikke ville være en uforholdsmessig stor belastning for barna, og sammenlignet tilfellet med Rt. 2005 s. 229. Til slutt tilføyde førstvoterende at *”dersom utvisningen skulle være uforholdsmessig, er det vanskelig å se for seg når utlendinger som har fått barn med personer med oppholdstillatelse, skulle kunne utvises. Konsekvensene ville bli at utlendinger i slike situasjoner normalt ville være vernet mot utvisning. Dette ville innebære en omlegging av gjeldende praksis, og ville dessuten ha klart uheldige sider”*⁵⁵. Sett hen til at avgjørelsen ble overprøvd av EMD, er denne uttalelsen svært

⁵² Nunez v Norway

⁵³ Jfr. avsnittene 49-51

⁵⁴ Jfr. da Silva and Hoogkamer v the Netherlands

⁵⁵ Jfr. avsnitt 79

interessant. Mindretallet, som kom til at utvisningen var uforholdsmessig, var derimot ikke enig i dette, og mente at det må foretas en konkret vurdering i hver enkelt sak.

3.1.4 Rt. 2010 s. 1430

Utvisning ble i denne saken opprettholdt for en kurdisk mann med kone og tre barn i Norge. Mannen hadde bodd i Norge siden 1998, men fikk avslag på sin asylsøknad i 2000. I 1999 ble han dømt til 90 dagers fengsel for legemsbeskadigelse, hvorav 60 dager var betinget. Utsendelsen ble ikke effektivert, og han oppholdt seg videre ulovlig i Norge. Han klaget på vedtaket og gikk i 2006 til sak mot staten. I påvente av en avgjørelse av saken hadde han lovlig opphold mellom 2006 og 2009. Han hadde imidlertid siden 2001 vært i arbeid, betalt skatt til staten og forsørget familien. I 2008 fikk kona og barna arbeids- og oppholdstillatelse, mens det samme år ble fattet endelig vedtak om utvisning og innreiseforbud i fem år for mannen. Den yngste datteren hadde en kronisk uavklart sykdom som besto i en utviklingsforstyrrelse. Høyesterett konkluderte med at en utvisning av mannen ikke ville være uforholdsmessig overfor ham selv eller familiemedlemmene, tatt i betraktning at hans tilknytning til riket var basert på et ulovlig opphold, og bruddet på utlendingsloven derfor hadde blitt grovere etter hvert som tilknytningen ble sterkere. Høyesterett uttalte, med henvisning til Rt. 2009 s. 534, at *”A sine brot på utlendingslova rammar i høg grad dei kontrollomsyna lova skal vareta”. ”Opphald og arbeid utan løyve må etter mitt syn karakteriserast som særst alvorlege tilhøve”*⁵⁶. Samtidig kom Høyesterett til at et innreiseforbud på fem år er en normal konsekvens av utvisning og derfor ikke representerer noen uvanlig stor belastning. Dette var i følge Høyesterett i tråd med praksis fra EMD.

I denne saken kan det likevel spørres om det ikke burde ha blitt utvist større forståelse for at en mann ikke forlater sin familie og fortsetter å kjempe for sitt og deres opphold.

⁵⁶ Jfr. avsnitt 80

Mannen må ha vært i et svært vanskelig etisk dilemma der hensynet til familien har måttet bli veid mot lovlydigheten og plikten til å forlate landet⁵⁷.

3.1.5 Rt. 2011 s. 948

I Rt. 2011 s. 948 (Kashtanjeva) ble utvisningsvedtaket enstemmig kjent ugyldig. En kvinne fra Kosovo med samboer og to barn ble utvist for brudd på utlendingsloven. Da saken sto for Høyesterett, var barna blitt fire og fem år gamle. Kvinnen hadde oppholdt seg i Norge i ti år, hvor to perioder på til sammen ett år hadde vært uten lovlig opphold. I ett år hadde hun også arbeidet uten arbeidstillatelse. Lagmannsretten hadde i sin dom, under henvisning til Rt. 2009 s. 534 og Rt. 2010 s. 1430, lagt til grunn at utvisningsvedtaket bare kunne kjennes ugyldig av hensyn til barna dersom det ville bli *”uvanlig store belastninger”* for dem. Høyesterett delte derimot ikke denne oppfatningen og presiserte at dette kun gjaldt tilfeller hvor det var snakk om meget alvorlige forbrytelser. Videre mente Høyesterett at ulovlig opphold, ulovlig arbeid og ulovlig innreise ikke i størst grad *”utfordrer kontrollmulighetene”* til utlendingsforvaltningen, sammenlignet med forhold som å unnlate å oppgi identitet, å gi uriktige opplysninger og å benytte seg av falske dokumenter⁵⁸. Det må foretas en konkret vurdering av hvorvidt utlendingsmyndighetenes arbeid er blitt vanskeliggjort, samt en subjektiv vurdering av om utlendingen kan bebreides eller var i god tro. Samtidig ville § 14-1 i den nye utlendingsforskriften normalt utelukke utvisning ved kortvarig ulovlig opphold når vedkommende hadde barn i riket. Høyesterett fant det bevist at en utvisning ville få store konsekvenser for barnas tilknytning, og det ble derfor ansett å være et uforholdsmessig tiltak.

Saken er prinsipielt interessant fordi den nedtoner betydningen av mindre brudd på utlendingsloven, og utvider hensynet til barna. Sammenholdt med utlendingsforskriften § 14-1 skal det nå svært mye til for at en utlending som har barn i Norge og som har hatt ulovlig opphold og arbeid i landet i mindre enn to år, skal kunne utvises. Samtidig går

⁵⁷ Einarsen (2011)

⁵⁸ Jfr. avsnitt 48

Høyesterett tilbake på det de uttalte i Rt. 2010 s. 1430 om at ulovlig opphold og arbeid i størst grad utfordrer de kontrollmulighetene forvaltningen har. I stedet mener de at å oppgi uriktige opplysninger, bruke falske dokumenter og lignende er det som i størst grad utfordrer kontrollmulighetene til utlendingsforvaltningen. En slik justering av praksis er det gode grunner for.

3.2 Lav alder ved ankomst som vurderingsgrunnlag

3.2.1 Rt. 2005 s. 238

Utvisning ble opprettholdt under dissens 3-2. Mannen hadde som tolvårig kvoteflyktning kommet til Norge i 1989. I 1997 ble han dømt til tre års fengsel for medvirkning til fire legemsbeskadigelser, hvorav én hadde vært med døden til følge. Mannen var også tidligere straffet for legemskrenkelser. Flertallet kom under sterk tvil til at utvisningen ikke var uforholdsmessig. Retten uttalte at det ikke er oppstilt noen absolutt aldersgrense for når det vil være uforholdsmessig å utvise noen som har kommet til Norge som barn. Det var imidlertid uttalt i forarbeidene at i saker hvor utlendingen har bodd lenge i Norge, og særlig dersom han kom til Norge som barn, skal det kreves svært mye av det straffbare forholdet for at en utvisning skal være forholdsmessig. Det ble fremholdt at Norge i slike tilfeller må ta et visst ansvar for den kriminelle løpebane utlendingen har fått. Mindretallet var av den oppfatning at alder ved ankomst til Norge, samt botid, sammenlignet med den tilknytning han hadde til Vietnam, tilsa at utvisningen var uforholdsmessig. Det ble lagt til grunn at den utviste ikke hadde fått tilstrekkelig hjelp av det offentlige gjennom sin oppvekst. Flertallet la imidlertid betydelig vekt på de alvorlige forholdene utlendingen var dømt for, og opprettholdt utvisningen.

3.2.2 Rt. 2009 s. 546 og Rt. 2009 s. 1432

I Rt. 2009 s. 546 kom Høyesterett enstemmig til at utvisningen var ugyldig, mens vedtaket i Rt. 2009 s. 1432 enstemmig ble opprettholdt. Begge sakene gjaldt personer som hadde kommet til Norge i ung alder og var dømt for alvorlig kriminalitet. I den første saken hadde

mannen blitt ilagt en fengselsstraff på to år og fem måneder for væpnet ran. Han hadde også bak seg noen mindre lovbrudd og var allerede blitt utvist fra Norge på grunn av dem. Han kom til landet som 9-åring, og hadde nå kone og to barn i Norge. Til tross for de alvorlige forbrytelsene var hans lave alder ved ankomst avgjørende for at utvisningen var ugyldig. At han også hadde barn i Norge, ble ikke vektlagt, da familielivet hadde oppstått etter at utvisningsvedtaket var fattet. I den andre saken hadde utlendingen kommet til landet i en alder av fjorten år. Da saken var oppe for Høyesterett, hadde han bodd femten år i Norge. Han var i 2003 straffet med fengsel i 90 dager for legemsbeskadigelse, og ble i 2004 dømt til to års fengsel for trusler og vold mot en tidligere kjæreste, samt trusler mot et vitne i den tidligere straffesaken. Førstvoterende uttalte at *”det er stor forskjell på tilknytningen til hjemlandet ved skolegang, språk, venner og kultur om man kommer til Norge som niåring eller nesten 14-åring”*⁵⁹. Høyesterett kom derfor til at utvisningen skulle opprettholdes.

3.3 Vurdering av Høyesteretts praksis

Rettspraksis har vist at det må foretas en konkret skjønnsmessig vurdering fra sak til sak om et utvisningsvedtak er forholdsmessig. I en tredel av sakene kom Høyesterett til et annet resultat enn utlendingsmyndighetene, og i ytterligere en tredel av sakene var det sterk dissens. Det skal legges til at det ofte vil være de mest omtvistede sakene som når domstolene, og særlig Høyesterett, men det er ingen automatikk i dette, og det kan ikke utelukkes at det er de mest ressurssterke som får sine saker prøvd. Samtidig er det kun i tilfeller der man utvises som følge av brudd på utlendingsloven, samt noen få andre tilfeller, at man har krav på fritt rettsråd uten behovsprøving⁶⁰, noe som kan ha betydning for hvilke saker som havner i retten.

⁵⁹ Jfr. avsnitt 50

⁶⁰ Jfr. utl. § 92 (1)

3.3.1 Hensynet til barnets beste

Rettspraksis har vist at hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, og i to av sakene har Høyesterett funnet utvisningsvedtaket ugyldig på bakgrunn av dette. Prinsippet er nå nedfelt i utl. § 70, men har stått sentralt siden Høyesterett startet å prøve forholdsmessighetsvurderingen. Det er vanskelig å fastslå konkret når et vedtak anses å være uforholdsmessig av hensyn til barn, men rettspraksis har likevel gitt noen holdepunkter. Som nevnt gjorde Høyesterett det klart i Rt. 2011 s. 948 at det ikke under enhver omstendighet skal vurderes om det vil føre til *”uvanlig store belastninger”* for barna, men at dette måtte sammenholdes med alvorligheten i det straffbare forholdet. Det kan med andre ord kun kreves uvanlig store belastninger for barna i tilfeller hvor det er begått svært alvorlige forbrytelser. Ved mindre alvorlige forbrytelser vil barnas interesser normalt gis fortrinn. Dette er en viktig presisering fra Høyesteretts side, og lagmannsrettens tolkning viser at lignende feiltolkninger også kan ha skjedd hos utlendingsmyndighetene. Så lenge overtredelsene ikke blir vurdert som meget alvorlige, virker det nå å være tilstrekkelig at utvisningen vil få store konsekvenser for barnas tilknytning. Det stiller derimot opp spørsmålet om hvorvidt en utvisning noen gang vil være uten store konsekvenser for barna. I Rt. 2011 s. 948 kan det virke som om barna ikke er i noen særskilt omsorgssituasjon som skiller seg fra det barn flest er avhengige av, og at det etter gjeldende rett derfor foreligger et forbud mot utvisning hvor utlendingen har omsorg for barn og lovbruddene ikke er meget alvorlige. Foreligger det derimot meget alvorlige lovbrudd, skal det svært mye til for at utvisning blir ansett å være uforholdsmessig, selv om barna vil lide som følge av utvisningen.

Ettersom den nye utlendingsloven først trådte i kraft 1. januar 2010, er det vanskelig å si om hensynet til barn har fått økt betydning etter at det ble tatt inn i lovteksten. Ingen av sakene som har kommet opp for Høyesterett, har blitt avgjort etter den nye loven, men det blir i flere av sakene henvist til både loven, forskriften og forarbeidene. For eksempel gir Høyesterett i Rt. 2011 s. 948 den nye utlendingsforskriften § 14-1 en sentral rolle i vurderingen. Selv om den tidligere rettstilstanden i stor grad er videreført, bør ikke

betydningen av å ha fått prinsippet om barnets beste nedfelt i lovteksten, undervurderes, ettersom det kan bidra til å bevisstgjøre rettsanvenderne om viktigheten av dette hensynet.

På den annen side er det, med unntak av Rt. 2011 s. 948, vanskelig å konstatere at utviklingen i Høyesterett går i retning av å ta større hensyn til barn. Dommene i Rt. 2005 s. 229 og Rt. 2010 s. 1430 kan trekkes frem i så måte. I dommen fra 2005 kom Høyesterett til at utvisningsvedtaket var ugyldig. Mannen var dømt til åtte måneders fengsel for legemsfornærmelse av sin nevø og dokumentforfalskning overfor norske myndigheter. Videre hadde han hatt fast arbeid i ti år og i en periode på tre år arbeidet uten arbeidstillatelse. I dommen fra 2010 ble derimot utvisningsvedtaket opprettholdt. Det avgjørende for Høyesterett var hans langvarige ulovlige opphold. Han hadde oppholdt seg i Norge i tolv år, herav tre år lovlig, samt arbeidet og betalt skatt til staten siden 2001. Samtidig hadde ett av barna en kronisk psykisk sykdom som krevde ekstra oppfølging. Det er grunn til å stille spørsmål ved de vurderingene Høyesterett her gjør. I det ene tilfellet er en mann dømt til åtte måneders ubetinget fengsel for legemsfornærmelse og for bevisst å ha vanskeliggjort arbeidet for norske myndigheter ved dokumentforfalskning. I det andre tilfellet har en person arbeidet og bidratt til det norske samfunnet. Han har ikke bevisst forsøkt å villedde utlendingsmyndighetene, men hans tidligere utvisningsvedtak var ikke blitt effektivt. Det er forståelig at norske myndigheter ikke ønsker å belønne foreldre som ikke retter seg etter vedtak fra offentlige myndigheter, men i dette tilfellet kan det virke strengt at utvisningsvedtaket ble opprettholdt. Dommen var også et signal om at Høyesterett ønsket å stramme inn på reglene om utvisning.

3.3.2 Utlendingens tilknytning som følge av lav alder ved ankomst

Rt. 2009 s. 546 viste at om man har kommet til landet som et lite barn, skal det svært mye til for at utvisning vil kunne være forholdsmessig. Dette henger sammen med at jo større del av oppveksten et barn har hatt i Norge, desto større del av skylden er det rimelig at norske myndigheter tar for den kriminelle løpebanen utlendingen har fått⁶¹. Nøyaktig hvor

⁶¹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007)

aldersgrensen går kan være vanskelig å si generelt, men ut fra høyesterettspraksis kan det konkluderes med at niårsalder ved ankomst normalt vil være tilstrekkelig til at utvisning er uforholdsmessig. Mindretallet i Rt. 2005 s. 238 la til grunn at 12 år pluss manglende tilknytning til hjemlandet ville være uforholdsmessig, noe som indikerer at 12 år vil ligge i ytterkanten av når det kan være forholdsmessig å utvise, med mindre det foreligger en særlig tilknytning til hjemlandet, eller svært alvorlige kriminelle forhold. Dette synet har støtte i forarbeidene til utlendingsloven, men det har visstnok forekommet at personer som kom til Norge før de fylte ti år, har blitt utvist⁶².

Høyesterett har likevel med dette lagt seg på en linje som er betydelig strengere enn den svenske, hvor det er et absolutt vern mot utvisning på grunn av kriminalitet dersom utlendingen kom til landet før han eller hun fylte 15 år og har oppholdt seg sammenhengende i landet siden⁶³. Under arbeidet med ny utlendingslov kom det forslag om en tilsvarende regel i norsk rett. Dette fikk imidlertid ikke gjennomslag da man fryktet at det ville kunne oppstå situasjoner hvor det ville virke støtende at en utlending som har begått en alvorlig straffbar handling ikke skulle kunne utvises på grunn av lang botid i Norge⁶⁴. Det kan stilles spørsmål ved holdbarheten til dette argumentet, da det å utvise en person som har kommet til Norge i ung alder til dels innebærer en ansvarsfraskrivelse fra norske myndigheters side. Man vil da overlate til andre land å sørge for at personen igjen blir en lovlydig borger, noe som sannsynliggjør at man eksporterer problemer til land som er dårligere til å hankses med dem enn Norge.

En viktig del av straffegjennomføringen er å hindre en person i å begå nye straffbare handlinger. At man utviser en person som har hatt store deler av sin oppvekst i Norge, vil istedenfor å ha noen individualpreventiv virkning, kunne føre til at den utviste begår nye straffbare handlinger i hjemlandet sitt. Han eller hun vil da komme til et land der man kanskje snakker språket dårlig, har lite nettverk og opplever en situasjon der man ikke føler

⁶² Ot.prp. nr. 75 (2006-2007)

⁶³ Utlänningslag kap. 8, 12 §

⁶⁴ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007)

tilhørighet noe sted. Dette vil igjen kunne gjøre personen eksponert for å begå kriminalitet i hjemlandet. Selv om tidligere hjemlige forhold kan ha hatt innvirkning på personenes oppførsel i Norge, vil dette være et signal om at den norske integreringspolitikken ikke har vært god nok. Det er derfor tvilsomt om løsningen på problemet vil være å utvise personen.

3.3.3 Vekten av andre momenter i forholdsmessighetsvurderingen

Det følger av forarbeidene til § 70 at flere hensyn skal trekkes inn i vurderingen. Blant annet skal det tas hensyn til:

”Forbrytelsens art, den utmålte straffen, straffebudets øvre strafferamme, hvorvidt utlendingen selv kan bebreides for bruddene på utlendingsloven eller om det forelå aktsom god tro, utlendingens tilknytning til Norge vurdert i forhold til utlendingens tilknytning til hjemlandet, om utlendingen har familie og eventuelt mindreårige barn i Norge, og eventuelt hensynet til dem, hvorvidt familielivet ble etablert før eller etter at utlendingen burde forstått at utvisning kunne være aktuelt, muligheten for fortsettelse av familielivet i hjemlandet, utlendingens eller familiemedlemmenes helse og konsekvenser ved utvisning av denne grunn og graden av integrering gjennom blant annet utdanning og arbeid”⁶⁵.

Denne listen er ikke uttømmende, og andre momenter kan tillegges vekt. Det følger videre av forarbeidene at listen i stor grad er sammenfallende med kriteriene EMD har oppstilt⁶⁶. I tillegg skal det legges vekt på tiden som er gått fra den straffbare overtredelsen fant sted til endelig vedtak er fattet⁶⁷. I prinsippet kan alle momenter som taler for eller mot en utvisning, bli tatt med i vurderingen. Høyesteretts praksis viser imidlertid at det i realiteten dreier seg om en vurdering der utlendingens tilknytning til riket, og hensynet til eventuelle barn, blir vektet mot innvandringsregulerende hensyn, som hensynet til en troverdig innvandringspolitikk basert på tillit, og det pønale aspektet ved at utvisning skal virke

⁶⁵ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007)

⁶⁶ Boultif v Switzerland

⁶⁷ Ünner v the Netherlands

allmennpreventivt. Samtidig er det en viktig del av en stats suverenitet å selv kunne bestemme hvem man ønsker å ha i riket. Andre momenter blir gjerne trukket inn som støtteargumenter i den ene eller andre retningen.

4 Menneskerettssaker mot Norge

Det har blitt avsagt tre dommer de senere år mot Norge angående forholdsmessigheten av et utvisningsvedtak. I den første dommen *Darren Omoregie and others v Norway* fikk Norge medhold i Menneskerettsdomstolen, mens Norge i den andre dommen, *Nunez v Norway*, ble felt. Med *Nunez* endret EMD til dels sin tidligere praksis og la større vekt på hensynet til barn. Dommen vil derfor bli inngående drøftet og vurdert. Den 14. februar 2012, i saken *Antwi and others v Norway*, kom det derimot en ny avgjørelse i EMD hvor et utvisningsvedtak ikke ble ansett å være i strid med EMK. Også denne saken dreide seg om vektleggingen av hensynet til barn. Flertallet i EMD mente faktum ikke kunne jevnføres med *Nunez*, men dette kan i høyeste grad diskuteres.

4.1 Darren Omoregie and others v Norway

4.1.1 Sakens faktum

Dom i saken ble avsagt 31. oktober 2008 og gjaldt en nigerianer som hadde kommet til Norge i 2001. Han fikk endelig avslag på asyl med utreisefrist i september 2001. Han unnlot å forlate landet og giftet seg med en norsk kvinne i 2003. Samme år fikk han sin søknad om familiegjenforening avslått. UDIs utvisningsvedtak som følge av brudd på utlendingsloven ble opprettholdt av UNE i 2004. Vedtaket ble deretter kjent ugyldig av tingretten, men opprettholdt av lagmannsretten. Saken ble ikke tillatt fremmet for Høyesterett. Klageren og ektefellen fikk barn i 2006, mens utvisningen ble gjennomført i mars 2007. Norge ble deretter klaget inn for EMD, som under dissens 5-2 kom til at utvisningen ikke medførte et brudd på retten til familieliv etter EMK art. 8.

4.1.2 Domstolens vurderinger

EMD slo fast at utvisningen i utgangspunktet utgjorde et inngrep i retten til respekt for familielivet etter EMK art. 8 (1), men at inngrepet hadde grunnlag i nasjonal lovgivning, og søkte å oppnå de legitime formålene å forebygge ”*disorder or crime*” og å beskytte ”*the economic well-being of the country*”. Spørsmålet var derfor om utvisningen var nødvendig i et demokratisk samfunn. Prinsipielt må staten da ha foretatt en rimelig avveining mellom hensynet til individet og hensynet til samfunnet, noe som i utgangspunktet skal tilsvare forholdsmessighetsvurderingen etter norsk rett. I sin vurdering uttalte EMD at det under hele prosessen var usikkert om den utviste fikk slå seg ned i Norge, noe som talte for utvisning. Det ble videre vektlagt at utlendingen hadde sterke bånd til Nigeria, og han hadde ingen særlig tilknytning til Norge utover sin familie. Det ble fremhevet at barnet var i en tilpasningsdyktig alder da utvisningen ble bestemt og gjennomført, og at barnets norske mor tidligere hadde bodd i Sør-Afrika. Det var dermed ikke uoverstigelige hindre for at familielivet kunne fortsette i Nigeria. I det minste var det ikke umulig for familien å komme på besøk dit. Det var dissens 5-2, og mindretallet la vekt på det forhold at inngåelse av ekteskap kunne gi utlendingen grunn til å tro at oppholdstillatelse ville bli innvilget, da dette i mange europeiske land i seg selv gir rett til opphold dersom ektefellen er statsborger. Samtidig kunne det ikke forventes at samlivet kunne fortsette i Nigeria.

4.1.3 Slutninger av dommen

Dommen viser at utvisning i tilfeller der utlendingen har familie i Norge normalt vil være en krenkelse av EMK art. 8 og retten til familieliv. Statene har derimot blitt gitt ganske vide muligheter til å legitimere en slik utvisning så lenge det kan regnes som nødvendig i et demokratisk samfunn. Det som likevel kanskje er det mest oppsiktsvekkende i denne saken, er at EMD mener at det er muligheter for å fortsette familielivet i Nigeria. Selv om den norske kvinnen hadde bodd en periode i Sør-Afrika, kan det neppe sammenlignes med å bo i Nigeria. Deler av Sør-Afrika preges i stor grad av vestlig kultur, og er et sted nordmenn drar for å studere, feriere og arbeide. Til sammenligning kom Nigeria i 2011 på

156. plass av 187 land i FNs levekårsundersøkelse⁶⁸. Det vil da virke urimelig å legge til grunn at det er muligheter for en norsk statsborger med et lite barn å bosette seg der uten å ha noen videre kjennskap til språk, kultur osv.

4.2 Nunez v Norway

4.2.1 Domstolens vurderinger

Høyesterett behandlet samme sak i den tidligere refererte Rt. 2009 s. 534, og det vises til det foregående for en beskrivelse av faktum i saken⁶⁹. EMD kom under dissens 5-2 til at utvisning av klageren fra Norge for to år ville innebære et brudd på EMK art. 8. Vurderingstemaet for retten var hvorvidt det var foretatt en rimelig avveining mellom individets interesser og samfunnet som helhet, med en viss *"margin of appreciation"* forbeholdt medlemsstatene. Retten var enig med Høyesterett i at bruddene på utlendingsloven var av alvorlig art. Samtidig pekte de på at utlendingen på bakgrunn av å ha bodd og arbeidet ulovlig i landet ikke med rimelighet kunne forvente å få bli i Norge. Inntil første innreisen hadde klager hele livet bodd i hjemlandet, og det forhold at hun også hadde barn med en dominikansk mann tilsa at tilknytningen til hjemlandet var sterkere enn den tilknytningen hun hadde opparbeidet seg til Norge gjennom ulovlig opphold og arbeid. Retten uttalte videre at en viktig betraktning er om familielivet ble etablert *"at a time when the persons involved were aware that the immigration status of one of them was such that the persistence of that family life within the host State would from the outset be precarious"*⁷⁰. I slike tilfeller vil utvisning være i strid med artikkel 8 *"only in exceptional circumstances"*. Retten gikk så over til en vurdering av hvorvidt det foreligger *"exceptional circumstances"* i dette tilfellet, og en vurdering av hensynet til barna. Retten la til grunn at barna hadde hatt langvarige og tette bånd til sin mor, og at to års separasjon fra moren er en svært lang periode for barn i en slik alder. Sammenholdt med det stresset

⁶⁸FN (2011)

⁶⁹ Jfr. pkt. 3.1.5

⁷⁰ Jfr. avsnitt 70

barna allerede hadde blitt påført gjennom bruddet mellom foreldrene, overførselen av omsorgen for barna fra mor til far, samt den lange tiden som hadde gått siden utvisningsvedtaket ble fattet, førte til at det her forelå en krenkelse av art. 8. Det ble også vist til art. 3 i FNs barnekonvensjon og det grunnleggende hensynet til barnets beste. Retten fastslo videre at myndighetene innenfor sin "*margin of appreciation*" ikke hadde foretatt en rimelig avveining mellom den offentlige interessen i å sikre effektiv innvandringskontroll og klagerens behov for å forbli i landet og ha kontakt med sine barn.

4.2.2 Dommens rekkevidde

Dommen er forholdsvis streng mot staten sammenlignet med det som har blitt avgjort i tidligere saker, og den kan tolkes som et signal om at praksisen i EMD nå har blitt endret. I likhet med flertallet i Høyesterett mente også mindretallet i EMD at det ville være vanskelig å se for seg når utlendinger som har fått barn med personer med oppholdstillatelse vil kunne utvises, dersom utvisningsvedtaket ikke ble stående. Foreldrene til barna levde ikke sammen, og det var faren som hadde overtatt den daglige omsorgen for dem. Faren hadde heller ikke kunnet ha noen berettiget forventning om at sin daværende samboer skulle få bli i landet da familielivet ble opprettet. Videre hadde kvinnen forsøkt å villedde norske myndigheter ved bruk av falske dokumenter til tross for at hun allerede var utvist, noe som har blitt ansett for å være svært alvorlig. Selv om også samvær med moren skulle bli tilrettelagt fra fars side i løpet av utvisningsperioden, kom altså retten likevel til at utvisning ville være uforholdsmessig.

EMD har nedfelt et vilkår om at det må foreligge "*exceptional circumstances*" dersom en person skal få lov til å bli i landet på bakgrunn av familieliv når man ikke har kunnet ha noen forventning om å få bli før familielivet ble startet⁷¹. Etter dommen i *Nunez* er spørsmålet om dette fortsatt kan stå seg i samme grad som før. Hvis hensynet til barna i denne saken kan karakteriseres som slike omstendigheter, er jeg til dels enig med flertallet i

⁷¹ Jfr. bl.a. *Darren Omoregie v Norway*

Høyesterett og mindretallet i EMD i at det vil kunne føre til en svært snever adgang til å utvise der vedkommende har barn med en som har lovlig oppholdstillatelse.

4.2.3 Virkningene av *Nunez*

Det er på det rene at utlendingen som følge av dommen i EMD vil få opphold i Norge og utvisningsvedtaket vil bli erklært ugyldig. Dommen stiller likevel opp et prinsipielt spørsmål ved hvorvidt den kommer til å endre Høyesteretts syn på utvisning i fremtidige saker.

Etter menneskerettsloven § 3 skal bestemmelser i EMK ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning, og en dom fra EMD vil følgelig normalt kunne ha prejudikativ virkning ved tolkningen av konvensjonsbestemmelser. Selv om EMK er gjort til norsk rett, er det likevel fortsatt tale om folkerettslige forpliktelser for Norge. Avgjørelser fra EMD binder staten folkerettslig, men gir ikke i seg selv rettigheter eller plikter for den enkelte⁷². Etter tvisteloven § 31-4 bokstav b gir en dom i EMD grunnlag for gjenåpning dersom en bindende avgjørelse i samme saksforhold tilsier at avgjørelsen var basert på uriktig anvendelse av folkeretten. Siden EMD avsier dom lenge etter at den nasjonale avgjørelsen er truffet, er det likevel ikke sikkert at for eksempel barnets interesser tilsier at det opprinnelige vedtaket blir omgjort⁷³. De beste grunner taler likevel for at utlendingsforvaltningen omgjør vedtaket av eget tiltak dersom EMD fatter en avgjørelse som strider mot Høyesteretts forståelse, da det vil være svært ressurskrevende for både den berørte og rettsvesenet å måtte ta saken på nytt til retten for å få vedtaket omgjort. Det er også lite trolig at domstolene vil fravike EMDs dom i denne saken.

Høyesterett uttalte i Rt. 2005 s. 833 at det ligger en klar lovgivervilje bak menneskerettsloven § 3 om å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett. Det følger videre av dommen, bl.a. med henvisning til plenumsdommen i Rt. 2000 s. 996, at norske

⁷² Eckhoff (2010) s. 560

⁷³ Eckhoff (2010) s. 560

domstoler ved anvendelsen av reglene i EMK skal legge til grunn en selvstendig tolkning av konvensjonen basert på samme metode som EMD. Det vil si at norske domstoler må forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger, samt EMDs avgjørelser. Førstvoterende legger til at *”ved tvil om betydningen av EMDs avgjørelser vil det ha vekt om saksforholdet kan jevnføres med det som foreligger til avgjørelse i norsk rett”*⁷⁴.

Det vil ikke være noen klar motstrid mellom *Nunez* og det som følger av norsk lov. Utl. § 70 er en svært skjønnsbasert regel, og dommen vil kunne være et moment i en senere tolknings-/harmoniseringssituasjon. Eksemplene fra Høyesterett viser at retten tolker dommene fra EMD som en selvstendig rettskilde, og Høyesterett står derfor ikke overfor en prinsipielt annerledes situasjon etter denne dommen fra EMD enn ellers, selv om en av rettskildene er av internasjonal opprinnelse⁷⁵. Ettersom EMD er siste rettsinstans i tolkningen av konvensjonen, taler gode grunner for at domstolens avgjørelser tillegges samme vekt som Høyesteretts egne avgjørelser, og i likhet med konvensjonen ellers gis forrang ved motstrid. Dersom EMD har en annen forståelse av innholdet i konvensjonsbestemmelsene enn Høyesterett, må Høyesterett legge om sin praksis.

Som følge av at faktum i *Nunez* ikke er særlig atypisk for utvisningssaker vil dommen kunne gis et relativt vidt anvendelsesområde. Følgelig vil den også kunne få prejudikativ virkning overfor andre utvisningssaker som gjelder hensynet til barn. For at dommen skal få slik prejudikativ virkning, er man imidlertid avhengig av at Høyesterett kommer til å følge EMD i senere saker. Ved skjønnsbaserte menneskerettighetssaker som *Nunez* er det alltid en mulighet for at Høyesterett kan komme til å nedtone betydningen av dommen ved å hevde at faktum skiller seg vesentlig fra hverandre i de to sakene. EMD argumenterte selv slik i *Antwi* som vi skal komme tilbake til senere.

⁷⁴ Jfr. avsnitt 47

⁷⁵ Eckhoff (2001) s. 332

At *Nunez* bør gis atskillig rettskildemessig betydning, ser man av førstvoterendes uttalelse i Høyesterett om at det som følge av at utvisningsvedtaket blir erklært ugyldig, vil være vanskelig å se for seg at personer som får barn med noen med lovlig opphold vil kunne utvises. Selv om flertallet i EMD ikke var enig i dette og presiserte at hvert tilfelle skal vurderes konkret, viser utsagnet at adgangen til å utvise nå kan ha blitt innskrenket for personer med barn i Norge. Uansett hvordan saksforholdet stiller seg i senere saker, kommer man ikke bort fra det faktum at hensynet til barn vil kunne spille en avgjørende rolle. Morens betydning for barna ble fremhevet som et avgjørende moment i *Nunez*, men det er lite som tyder på at barnas tilknytning til moren var særlig annerledes i denne saken enn ellers for barn i barnehage- og tidlig skolealder.

Selv om EMDs avgjørelse i *Nunez* nok innskrenker anvendelsesområdet for utvisning i enda større grad enn det Rt. 2011 s. 948 (*Kashtanjeva*) gjør, skiller ikke argumentasjonen i dommene seg vesentlig fra hverandre. Det kan vanskelig sies at Høyesterett var påvirket av dommen fra EMD i *Kashtanjeva* ettersom avgjørelsene falt på samme dag. *Kashtanjeva* dreide seg om mer bagatellmessige forhold, men oppstiller likevel en retningsforandring hos Høyesterett. Tidligere praksis inneholdt ingen reservasjon for bagatellmessige forhold, selv om det selvsagt spilte inn i forholdsmessighetsvurderingen. I følge Høyesterett⁷⁶ vil det nå særlig være aktuelt å gi *”fortrinn til barnas interesser ved relativt sett mindre alvorlige overtredelser av utlendingsloven som i mindre grad rammer de kontrollhensyn loven skal ivareta”*. I motsetning til tidligere praksis mente Høyesterett at ulovlig opphold og arbeid er eksempler på slike mindre alvorlige overtredelser, i kontrast til for eksempel dokumentfalsk og det å gi uriktige opplysninger til myndighetene. Høyesterett kom videre til at det ikke er noe vilkår at det foreligger uvanlig store belastninger for barna for at vedtaket skal være uforholdsmessig. Høyesterett må med dommen sies å ha tillagt barns beste økt vekt i forhold til tidligere praksis⁷⁷.

⁷⁶ Rt. 2011 s. 948, avsnitt 39

⁷⁷ Søvig (2011) s. 300

På samme måte gikk EMD i *Nunez* inn på en selvstendig drøftelse av hensynet til barna, og det var det avgjørende momentet for hvorfor det forelå en krenkelse av menneskerettighetene. Det ble funnet støtte i Barnekonvensjonen art. 3 til tross for at den ikke er direkte knyttet opp mot EMK. Dette står i motsetning til tidligere praksis i EMD, som blant annet *Darren Omoregie*, der hensynet til barnets beste ikke er fremme som et eget argument, men trekkes inn i en mer generell vurdering. Det eneste som ble sagt om hensynet til barnet i den saken, var at verken barnet eller moren har kunnet ha noen forventning om at faren fikk bli i landet da familielivet ble etablert⁷⁸. Med *Nunez* får barnet nå en selvstendig vurdering, og hensynet til barnets beste er gitt større gjennomslagskraft enn i tidligere praksis⁷⁹.

Som følge av *Nunez* og dommen i Rt. 2011 s. 948 (Kashtanjeva) sendte UDI 14. juli 2011 brev til Justisdepartementet hvor man foreslo endringer i praksisen ved utvisningssaker som gjelder barn⁸⁰. UDI tolker dommen fra EMD slik at den, i likhet med Høyesteretts mindretall, forutsetter en noe videre tilnærming ved vurderingen av barnets beste. Også barnets følelsesmessige tilknytning og opplevelse av stress, samt belastningen ved en familiesplittelse, må kunne få avgjørende vekt, også i de tilfeller hvor barnet har trygge omsorgspersoner rundt seg som kan ivareta dets omsorgsbehov. På bakgrunn av dette foreslår UDI at departementet instruerer direktoratet til å legge om sin praksis i tråd med UDIs forlag. UDI foreslår at i tilfeller hvor barnet er under 8 år og utvisningen medfører en familiesplittelse, skal følgende momenter tillegges vekt: Barnas følelsesmessige tilknytning der utlendingen har vært og er en nær omsorgsperson for barnet, tidligere belastning for barna som har vart over lengre tid, samt saksbehandlingstiden fra brudd på utlendingsloven ble oppdaget til utvisningsvedtaket fattes. Dersom disse tre forholdene gjør seg gjeldende, skal de tillegges avgjørende vekt, og utvisningssaken skal henlegges umiddelbart.

⁷⁸ Jfr. avsnitt 64-66

⁷⁹ Søvig (2011) s. 300

⁸⁰ UDIs anmodning om endring av praksis (2011)

UDI erkjenner at endringen vil føre til flere henleggelse, og at det er rimelig å anta at respekten for utlendingsloven kan svekkes. Imidlertid foreslår UDI alternative sanksjonsmidler for brudd på utlendingsloven. For eksempel foreslås det ileggelse av bøter, eventuelt ileggelse av tilleggstid før permanent oppholdstillatelse kan innvilges. En annen effekt av forslaget kan være at flere som oppholder seg i landet ulovlig, nå vil henvende seg til myndighetene og fremsette søknader om oppholdstillatelse fra riket⁸¹. UDI mener at forslaget på den måten vil kunne få betydning for behandlingen av søknader om oppholdstillatelse og avslag på formelt grunnlag, jfr. utlendingsforskriften (utf.) § 10-1 (5). Dette vil igjen kunne gi bedre kontroll med dem som oppholder seg ulovlig i Norge.

I sitt rundskriv⁸² fra november 2011, som også er et tilsvarende til brevet fra UDI, stadfester Justisdepartementet sitt syn om at det fortsatt skal foretas en konkret og helhetlig vurdering, inkludert en vurdering av barnets beste, etter utl. § 70. Med andre ord skal ingen momenter ha stor og avgjørende vekt i alle saker, og utvisning er og skal fortsatt være en viktig sanksjonsmulighet også mot dem som har barn. Videre legger departementet til grunn at instruksene ikke vil innebære en vesentlig endring av gjeldende utvisningspraksis. Det normale er at en utvisning griper inn i familielivet på en belastende måte, men dette er i seg selv ikke tilstrekkelig til å gjøre en utvisning uforholdsmessig. Departementet mener det ikke kan oppstilles en klar terskel ved hjelp av generelle retningslinjer eller et fåtall antall saker med divergerende faktum. Likevel understreker de at det i tilfeller der barnet ikke kan forventes å bli med den utviste forelderen, er en forutsetning at barnet vil ha en stabil omsorgssituasjon i Norge. Dette skiller seg imidlertid ikke særlig fra det som var ansett som gjeldende rett også før *Nunez* og *Kashtanje*dommen. Departementet støtter derimot UDIs syn på utviklingen om at lang saksbehandlingstid i senere år er blitt tillagt større vekt som et moment i favør av uforholdsmessighet. Forslaget til alternative sanksjonsmuligheter velger departementet ikke å ta stilling til. UDI har senere⁸³ på nytt gitt

⁸¹ Jfr. utf. § 10-1 (4)

⁸² Rundskriv GI-14/2011

⁸³ Innslag i NRK Dagsrevyen 5. februar 2012, med direktør i UDI, Ida Børresen, og statssekretær i Justisdepartementet, Pål K. Lønseth.

uttrykk for sitt syn på den gjeldende praksisen, uten at regjeringen har ønsket en oppmykning av praksis. Begrunnelsen er at en slik oppmykning vil kunne undergrave respekten for utlendingsregelverket.

Departementets instruksjonsadgang overfor UDI følger av utl. § 76 (2) tolket antitetisk. Det er likevel grunn til å stille spørsmål ved hvorvidt departementet bør trosse utlendingsmyndighetenes faglige råd i saker som gjelder barn, særlig når de er begrunnet i avgjørelser fra Høyesterett og EMD. Denne holdningen fra regjeringens side kan henge sammen med at regulering av innvandringen er et viktig og betent politisk spørsmål som politikerne i stor grad ønsker innflytelse over. Det er likevel betenkelig at hensynet til en regulering av innvandringen skal gå på bekostning av minoritetsbarn som allerede er en utsatt gruppe med få muligheter til å bli hørt.

4.3 Antwi and others v Norway

Den 14. februar 2012 kom det imidlertid nok en dom mot Norge i en sak som gjaldt utvisning. Norge fikk i EMD medhold i at en utvisning var gyldig, og saken kan synes å modifisere avgjørelsen i *Nunez* noe, da også denne saken dreide seg om hensynet til barn.

4.3.1 Sakens faktum

Saken gjaldt utvisning av en ghanesisk statsborger som hadde fått oppholdstillatelse i Norge som EØS-borger på bakgrunn av at han hadde benyttet seg av et falskt portugisisk pass. Han kom til Norge i 1999, og fikk i 2001 barn med en norsk statsborger som opprinnelig også var fra Ghana. Paret giftet seg i Ghana i 2005, og han ble samme år pågrepet av nederlandsk politi da det ble oppdaget at passet hans var falskt. Utvisningsvedtaket mot mannen ble stadfestet i 2007 og saken ble brakt inn for domstolene. Lagmannsretten opprettholdt utvisningsvedtaket og saken ble ikke tillatt fremmet for Høyesterett. Saken ble derfor klaget direkte inn for EMD.

4.3.2 Domstolens vurderinger

EMD legger i sin vurdering vekt på at klageren aldri har kunnet ha noen forventning om å få bli i Norge, ettersom han ankom landet med falskt pass, og hans kone burde ha oppdaget den falske identiteten på et tidligere tidspunkt. Når det gjaldt hensynet til barnet, mente retten at det ikke var uoverstigelige hindre for at familien kunne bosette seg i Ghana, da begge barnets foreldre var født og oppvokst der. Videre mente retten at datteren ikke hadde noen spesielle omsorgsbehov som gjorde at moren ikke kunne ha ansvar for barnet alene. Dette til tross for at det var den utviste som i stor grad hadde tatt seg av den daglige oppfølgingen av datteren, slik som kontakt med skolen, bistand med hjemmelekser, osv. Saken kunne i følge flertallet ikke sammenlignes med *Nunez* fordi det var noen fundamentale forskjeller mellom dem. Flertallet mente at den avgjørende forskjellen var at barnet i denne saken ikke var ekstra sårbar som følge av "*previous disruptions and distress in her care situation*". Sammenholdt med den administrativt lange saksbehandlingstiden som hadde vært i *Nunez*, var det ikke uforholdsmessig å utvise i denne saken.

Mindretallet på to dommere kom imidlertid til et annet resultat på bakgrunn av hensynet til barnets beste. Med tanke på saksbehandlingstiden ved familiegjenforeningssaker ville en fem års utvisning føre til at datteren, som i dag var elleve år, ikke ville kunne leve sammen med sin far før hun var nesten atten. Videre mente mindretallet at saken kunne sammenlignes med *Nunez*, og at en utvisning derfor ville være i strid med det som ble bestemt i den saken om hensynet til barn. Til slutt var mindretallet av den oppfatning at de straffbare forholdene var mindre alvorlige i herværende sak sammenlignet med *Nunez*, og at det derfor ville være uforholdsmessig å utvise.

4.3.3 Rettstilstanden etter *Antwi*

Forutsatt at dommen i *Antwi* blir stående⁸⁴, er spørsmålet om rettstilstanden nå er endret i forhold til det som ble bestemt i *Nunez*. Etter flertallets oppfatning i saken er *Antwi* ikke sammenlignbar med *Nunez*, og det foreligger derfor ikke noen direkte motstrid mellom

⁸⁴ Ikke rettskraftig pr. 18. april 2012.

dem. Mindretallet på sin side deler ikke denne oppfatningen og mener *Antwi* strider mot det som ble bestemt i *Nunez*. Flertallet mente det forelå særegne forhold ved *Nunez* som gjorde at det skulle bli lagt større vekt på hensynet til barna i den saken. Blant annet hadde barna tidligere opplevd mye stress rundt atskillelsen fra mor, samt at saksbehandlingstiden rundt utvisningsvedtaket hadde vært lengre i *Nunez*.

Dommen snevrer likevel inn anvendelsesområdet til *Nunez* til å gjelde tilfeller hvor barnet har opplevd en særlig belastning i forkant av utvisningssaken. Det kan være ved flytting mellom foreldrene, eller ved at far eller mor må sone en fengselsstraff. Samtidig vil det fortsatt være et avgjørende moment hvor lang saksbehandlingstiden er fra det straffbare forholdet blir begått til endelig utvisningsvedtak foreligger. Uten at det er eksplisitt uttalt i noen av sakene, vil trolig alderen og antallet barn som blir berørt ha betydning for om utvisningen er forholdsmessig. Jo yngre barna er, jo større grunn er det til at en utvisning av foreldrene vil være uforholdsmessig. Dette til tross for at yngre barn gjerne er mer tilpasningsdyktige enn eldre barn. Barna var yngre i *Nunez* enn i *Antwi*, noe som normalt gjør omsorgsbehovet større. I *Nunez* ville også belastningen gått utover to barn i stedet for ett, noe som igjen ville ha ført til økt belastning på den gjenværende forelderen.

De forslagene som UDI kom med i brevet⁸⁵ til Justisdepartementet sommeren 2011, vil likevel fortsatt ha relevans selv om *Antwi* kan ha endret rettstilstanden noe. I forslaget fra direktoratet bør det dersom barnet er under åtte år, tas hensyn til barnas følelsesmessige tilknytning til den utviste der personen har vært og er en nær omsorgsperson for barnet. Videre skal den tidligere belastningen for barna ha betydning, samt saksbehandlingstiden fra brudd på utlendingsloven ble oppdaget til utvisningsvedtak fattes. Alle tre må i følge direktoratet være oppfylt for at utvisning automatisk skal være uforholdsmessig. EMD finner i *Antwi* at de to siste av disse vilkårene ikke er oppfylt, og de tillegges til dels avgjørende vekt i vurderingen. Samtidig var barnet i *Antwi* eldre enn åtte år. *Antwi* endrer på den måten ikke det syn UDI har tatt til orde for når de ønsker en endret

⁸⁵ UDIs anmodning om endring av praksis (2011)

utvisningspraksis. Med andre ord kan man si at *Antwi* modifierer og presiserer det som ble bestemt ved *Nunez*, men at *Nunez* ikke er fraveket ved *Antwi*. Begge vil derfor fortsatt ha rettskildeverdi i lignende saker, men den noe uklare praksisen fra EMD vil likevel kunne skape usikkerhet omkring hva som er rettstilstanden der utvisning rammer barn⁸⁶.

Antwi vil derimot ikke nødvendigvis skape grunnlag for at UDI finner grunn til å endre på de anbefalingene de har kommet med overfor Justisdepartementet. Med dommen har EMD i stedet i stor grad stadfestet de hensynene UDI ønsket å ta på bakgrunn av *Nunez*, som barnets tidligere belastning og tiden fra forbrytelsen ble oppdaget til utvisningsvedtak blir fattet. Det er likevel grunn til å være kritisk til den vurderingen EMD gjør i *Antwi* ettersom barnet blir den uforskyldt skadelidende ved utvisningen, og den som blir hardest rammet av foreldrenes handlinger. Barnet har gjennom hele oppveksten hatt en tett tilknytning til sin far, og særlig en fem års varighet av utvisningen vil være svært inngripende overfor barnet. Høyesterett bør av den grunn vurdere å ikke følge en slik praksis i framtiden.

5 En rettspolitisk vurdering av utvisningsinstituttet

Det er bred politisk enighet i Norge i dag om at det bør foreligge en adgang til å utvise utlendinger som bryter utlendingsloven eller straffeloven. Begrunnelsen for dette synes likevel ikke alltid å være like god, og i det følgende vil det bli diskutert i hvilken grad en slik adgang fortsatt kan legitimeres.

Som det ble nevnt innledningsvis⁸⁷, bygger en forholdsmessighetsbetraktning på hvorvidt midlene som fremmer målet er egnete, nødvendige og rimelige⁸⁸, med glidende overganger

⁸⁶ Eckhoff (2001) s. 191

⁸⁷ Kap. 1.2.1

⁸⁸ I litteraturen har det vært diskutert hvorvidt det er hensiktsmessig å snakke om vurderinger av egnethet og nødvendighet ved pønale sanksjoner. Tanken er at slike elementer allerede er innbakt i selve straffetrusselen,

mellom dem. Vurderingen av om middelet er egnet og nødvendig bygger på rene rasjonalitetsbetraktninger. Middelet må være egnet til å oppfylle formålet, og det må være nødvendig i det konkrete tilfellet. Dette innebærer at dersom det finnes andre, mindre inngripende tiltak med samme virkning, skal disse tas i bruk⁸⁹. Man må derfor spørre om utvisning av en person med sterk tilknytning til Norge oppfyller målet om å være et preventivt og forebyggende tiltak overfor andre som vurderer å bryte loven, og dernest om det samme formålet i tilfelle kan oppnås med mindre inngripende tiltak. Til sist må det foretas en rimelighetsvurdering av utvisningen i det enkelte tilfelle. Hvorvidt noe er rimelig, bygger i stor grad på rettferdighetsbetraktninger⁹⁰. Man må da spørre seg om det er rettferdig i dette tilfellet å utvise. Det bør ikke bare ses hen til om det vil være rettferdig overfor den som blir utvist, men også overfor andre som blir rammet av utvisningen.

5.1 Utvisningens egnethet

Det viktigste argumentet som blir brukt til forsvar for bruk av utvisning, er først og fremst at det vil kunne virke allmennpreventivt. Individualprevensjonen vil ikke stå like sterkt her som på strafferettens område da en utvisning som regel vil føre til at det tar lang tid før utlendingen er tilbake i riket og i stand til å begå nye lovbrudd her. Dersom utlendinger ser at utvisning blir brukt som en ekstra sanksjon ved lovbrudd, vil det kunne føre til at man får en mer redelig og ærlig holdning overfor norske myndigheter, noe som igjen skaper en gjensidig tillit mellom partene, og samtidig letter arbeidet til utlendingsmyndighetene ved at man i større grad kan legge vekt på det utlendingen selv forteller. Det kan her være hensiktsmessig å skille mellom de tilfeller hvor det foreligger brudd på utlendingsloven og de som gjelder brudd på straffeloven. For de tilfeller som gjelder brudd på straffeloven har utlendingen ofte allerede fått oppholdstillatelse i Norge, og forholdet til utlendingsmyndig-

og det er vanskelig å veie allmennpreventive hensyn opp mot den ulempen reaksjonsfastsettelsen innebærer for overtrederen, jfr. Berg (2005) s. 81-82. Så lenge utvisning er en forvaltningssanksjon, mener jeg likevel slike vurderinger bør foretas på dette området, da de bidrar til å få fram hensynene som bør ligge bak utvisningsbestemmelsene fra lovgivers side.

⁸⁹ Meidell (2010) s. 180

⁹⁰ Meidell (2010) s. 180

hetene er dermed ikke lengre like aktuelt. I slike tilfeller vil utvisning fremstå som en tilleggsreaksjon myndighetene bruker for å slå ned på uønsket atferd. Dette er personer som bor og arbeider i Norge, men som av ulike årsaker begår kriminalitet på lik linje med nordmenn. Også etter den generelle strafferetten står den avskrekkende og holdnings-skapende virkningen, allmennprevensjonen, sentralt⁹¹. En allmennpreventiv virkning er oppnådd i den utstrekning borgerne på grunn av dette budskap avholder seg fra de forbudte handlinger⁹². Ettersom en utvisning bærer preg av å være en pønalt reaksjon på et straffbart forhold uten å være straff i straffelovens forstand, vil de allmennpreventive argumenter og hensyn innenfor strafferetten være overførbare til andre pønale forvaltningssanksjoner som utvisning.

Den allmennpreventive virkningen avhenger både av straffens strenghet og av oppdagelsesrisikoens størrelse, men skal straffetrusselen virke avskrekkende, kreves først og fremst at vedkommende har evnen til å forstå strafferisikoen. Voksne utlendinger vil som regel besitte denne evnen, mens den kan mangle hos mindreårige, psykotiske osv. Det er likevel mange som kommer til Norge som kanskje har hatt opplevelser på veien hit som gjør at de er villige til å gjøre noe de kanskje ellers ikke ville gjort. Dette kan være folk som lenge har levd et liv der de har vært uten mulighet til rasjonelt å planlegge ting på lang sikt⁹³. Det kan også være at disse personene har lite å tape på å bryte loven, og derfor er villige til å ta sjansen. I verste fall risikerer de å bli sendt tilbake til landet de kom fra. Det er uklart hvor stor oppdagelsesrisikoen er for å bli tatt for brudd på eksempelvis utlendingsloven. Forvaltningsapparatet behandler et stort antall saker hvert år, ofte med forholdsvis kort saksbehandlingstid i den enkelte sak. De er derfor svært avhengige av at utlendingene er ærlige i sine fremstillinger. Samtidig blir oppdagelsesrisikoen mindre som følge av dette, noe som igjen kan initiere uærlighet.

⁹¹ Andenæs (2004) s. 76

⁹² Andenæs (2004) s. 81

⁹³ Andenæs (2004) s. 87-88

Det er nok grunn til å tro at en del personer avstår fra å begå straffbare handlinger som følge av risikoen for utvisning. Utvisning er en sanksjon som vil være svært alvorlig for de fleste, og mange vil derfor ikke ta sjansen på å begå lovbrudd som kan medføre en slik straff. Det er likevel vanskelig å anslå hvor mange lovbrudd som ville blitt begått dersom man ikke hadde en mulighet for utvisning. Er det sannsynlig at flere som følge av en minsket oppdagelsesrisiko bevisst ville ha forsøkt å villedde norske myndigheter for å få opphold? En slik vurdering beror på den enkeltes moral og etikk, som igjen kan utledes fra den enkeltes kultur, familie, religion, oppvekst osv. Det kan vanskelig sies generelt at utlendinger er mer umoralske enn nordmenn. Også nordmenn forsøker bevisst å villedde norske myndigheter, enten de vet det er fare for å bli tatt eller ikke. Slike lovbrudd er derimot ikke sanksjonert med annet enn i verste fall en fengselsstraff, eventuelt tilbakebetaling av det man har tjent på handlingen.

På samme måte kan det spørres om man også bør se hen til den forbryterske vilje ved lovbruddet. Bør det skilles mellom situasjoner hvor noen bevisst velger å leve på feil side av loven og de tilfeller hvor lovbruddet i stedet skjer som følge av uhell, uaktsomhet, eller andre forhold hvor den enkelte ikke har utvist noen forbrytersk vilje? Samtidig er det ikke alltid at folk tenker rasjonelt gjennom hvilken straff man risikerer når man begår et lovbrudd. Hvorvidt strenge straffer i det hele tatt er egnet som et preventivt virkemiddel, er et kriminologisk spørsmål som det vil være for omfattende å drøfte inngående i denne avhandlingen⁹⁴. Det er vanskelig å si generelt hvordan en endring av utvisningsinstituttet ville virket inn på antallet lovbrudd, men at risikoen for utvisning har en viss innvirkning på noen utlendingers atferd, kan det nok konkluderes med.

⁹⁴ Se Mathiesen (2007) s. 87-105 for en kritikk av bruken av allmennprevensjon som argument for en strafferettslig sanksjon.

5.2 Utvisningens nødvendighet

Utvisningens nødvendighet må vurderes ut fra om samme effekt kan nås med mindre inngripende midler⁹⁵. Som UDI er inne på i brevet til Justisdepartementet⁹⁶, kan utvisning i visse tilfeller erstattes med mindre inngripende tiltak. Eksempelvis kan det i stedet for utvisning innføres sanksjoner som bøter eller forlenget oppholdstid før permanent oppholdstillatelse innvilges. Bøter vil kunne virke som en hard straff på mange da det ofte er snakk om personer med lav inntekt og dårlig råd. Samtidig vil også et krav om forlenget oppholdstid kunne føles inngripende ettersom det vil kunne lede til en fortsatt usikker situasjon for en familie. Et annet alternativ er at man kan ilegge betingede utvisningsvedtak. Selv om slike tiltak vil være inngripende for den enkelte, vil de likevel kunne gi dem med en særlig tilknytning til riket, eller med barn her, en automatisk rett til fortsatt å få bli i landet, og på den måten trygge deres situasjon.

Selv om det ikke er uttalt i forarbeidene, bærer en utvisning, i likhet med fengsel og forvaring, preg av en tanke om samfunnsforsvar og renovasjon, der en utvisning fører til at samfunnet enkelt blir skånet fra en lovbryster. Som vi skal komme tilbake til senere⁹⁷, kan det derfor spørres om ikke konsekvensene av lovbrudd prinsipielt sett bør være like for alle som begår lovbrudd i riket. Likhet for loven er et universelt prinsipp i enhver rettsstat, og i den alminnelige strafferetten skal sanksjonen gis på bakgrunn av lovbruddet som er begått, ikke personens etniske bakgrunn. Det kan diskuteres hvorvidt fengsel og forvaring er en nødvendig eller tilstrekkelig sanksjon generelt, men så lenge det brukes i norsk rett, bør like tilfeller behandles likt, uavhengig av om utvisning som en tilleggsreaksjon skal virke allmennpreventivt for en annen gruppe mennesker. Bruken av pønale tilleggsreaksjoner, som i realiteten innebærer en dobbelstraff, er det også prinsipielt sterke motforestillinger mot, ettersom den opprinnelige straffen i seg selv normalt er ansett for å være en forholdsmessig sanksjon. På bakgrunn av dette kan det vanskelig konkluderes generelt med at utvisning er nødvendig uten at man vet konsekvensene og effekten av å benytte mindre

⁹⁵ Graver (2007) s. 128

⁹⁶ UDIs anmodning om endring av praksis (2011)

⁹⁷ Jfr. pkt. 5.3

inngripende sanksjoner i stedet. Heller ikke hensynet til samfunnsforsvar kan legitimere nødvendigheten av utvisning⁹⁸.

5.3 Utvisningens rimelighet

5.3.1 Er utvisning rimelig av hensyn til barn?

I de sakene som har vært oppe for Høyesterett, bygger retten i stor grad på vage forutsetninger om hvor inngripende vedtaket vil bli overfor dem som blir rammet. Det er grunn til å tro at dette også gjelder for underrettsdommer og forvaltningsvedtakene. Det blir sjelden foretatt inngående vurderinger av den situasjonen barna er i. Barna blir sammenlignet med andre minoritetsbarn i samme situasjon, noe som ofte faller i barnas disfavør. Et eksempel på dette er Rt. 2010 s. 1430 der førstvoterende uttalte *”[a] A ved utvisning ikkje kan kome på besøk i ein periode på fem år, er ein normal konsekvens av utvisning og representerer ikkje ei uvanleg stor belastning”*⁹⁹.

Dette leder oss over til det tredje elementet i forholdsmessighetsvurderingen, nemlig en vurdering av om utvisningen fremstår som rimelig. Det skal da foretas en rettferdighetsvurdering hvor spørsmålet er om det fremstår som rettferdig i den enkelte sak å ofre et enkeltindivids rett til et familieliv til fordel for samfunnets interesser, og om det er rimelig å avskjære et barns kontakt med en av sine foreldre for å statuere et eksempel¹⁰⁰. Som uttalelsen i Rt. 2010 s. 1430 viser, foretas det en sammenligning med andre minoritetsbarn som har foreldre som blir utvist. Dette er barn som allerede er i en svært vanskelig livssituasjon preget av usikkerhet, frykt osv. Hvorfor skal deres situasjon forverres ytterligere og brukes til å statuere eksempler?

⁹⁸ Det er viktig å presisere at dette først og fremst må ses i et rettspolitisk perspektiv av utvisning generelt. Når lovgiver har gitt anvisninger på at utvisning er en passende reaksjon på en lovovertrjedelse, kan verken forvaltning eller domstol legge til grunn at bruken av utvisning generelt ikke er nødvendig. (Berg 2005: 82).

⁹⁹ Jfr. avsnitt 88

¹⁰⁰ Meidell (2010) s. 181

Det følger av Barnekonvensjonen art. 9 at staten skal sikre at et barn ikke blir skilt fra sine foreldre mot deres vilje. Formuleringen ”*mot deres vilje*” sikter både til foreldrenes vilje og til barnets vilje¹⁰¹. Selv om visse inngrep med hjemmel i lov er godtatt, viser bestemmelsen tydelig familiens betydning for barnet, og en atskillelse fra foreldrene skal i størst mulig grad forhindres. Barnevernloven § 6-3 og barneloven § 31 inneholder videre bestemmelser som gir barn som er fylt syv år en rett til å bli hørt og anledning til å uttale seg i saker som gjelder ham eller henne. Dersom barnet er fylt tolv år, skal det etter barneloven legges stor vekt på hva det mener. Disse bestemmelsene er i tråd med Barnekonvensjonen art. 12, som gir barn en generell rett til å bli hørt i alle saker som berører dem. FNs barnekomité har uttalt at statene skal ”*carefully listen to children’s views wherever their perspective can enhance the quality of solutions*”¹⁰², og Barnekomiteen har gjort det klart at atskillelse fra foreldrene faller inn under konvensjonens ordlyd. I følge en rapport fra Barneombudet viser det seg at barna i utvisningssaker i liten grad føler at de har blitt hørt ved avgjørelsen¹⁰³. Både barnevern- og barneloven er lover som gir barn rettigheter på felt som på samme måte som et utvisningsvedtak vil kunne være svært inngripende overfor barna. Hvorfor skal det da ikke i utvisningssaker legges samme vekt på hva barnet mener?

I utvisningssakene er det sjelden at disse rettferdighets- og rimelighetsbetraktningene overfor barn blir tilstrekkelig vurdert. Heller ikke i lovforarbeidene kommer disse avveiningene klart fram. I mange av sakene blir det ikke ført tilstrekkelig bevis for barnas behov, og det blir i liten grad lagt frem sakkyndigerklæringer fra barnepsykologer og lignende som vil være i stand til å vurdere den situasjon barnet vil havne i. I Rt. 2009 s. 534 ble det for eksempel ikke foretatt noen utredning rundt barnas sårbare situasjon, og ingen sakkyndige uttalte seg i saken, verken på generelt eller spesielt grunnlag. Staten hadde heller ingen konkret plan for hvordan mor og barn skulle kunne beholde kontakten ved en

¹⁰¹ Stang (2012) s. 164

¹⁰² FNs barnekomité (2009). General Comment no. 12.

¹⁰³ Barneombudet (2012)

utvisning¹⁰⁴. For at man skal kunne vurdere rimeligheten av et utvisningsvedtak, er det nødvendig at barnets situasjon er godt nok vurdert og dokumentert. Merete Havre Meidell har tatt til orde for at barn bør få oppnevnt en egen advokat i utvisningssaker som sørger for at barnets situasjon blir tilstrekkelig vurdert hvis ikke staten selv er i stand til det¹⁰⁵. Barnas situasjon bør være viktig nok til at en avgjørelse ikke tas på bakgrunn av antakelser. Da saken i Rt. 2009 s. 534 ble brakt inn for EMD, la Menneskerettsdomstolen avgjørende vekt på den sårbare situasjonen barna var i. Det kan derfor virke som om disse barnas situasjon ikke blir tilstrekkelig vurdert av norske myndigheter på den måten de bør. Om det er av ressursmangel eller av andre grunner, vites ikke, men det er ikke rettferdig om disse barna skal bli dårligere stilt enn andre barn fordi de har en forelder som ikke lenger er ønsket i Norge. Det er ofte kun hvis forelderen for eksempel tidligere har sittet i fengsel, og barnet av den grunn har kommet i kontakt med psykolog eller barneverntjenesten, at slike erklæringer blir lagt frem som bevis på hvilken innvirkning en utvisning vil kunne ha på barna. FNs barnekomité har kritisert Norge for at mange organer som fattet beslutninger som angår barn, som for eksempel utlendingsmyndighetene, ikke har nok kunnskap om barns beste¹⁰⁶. Dette innskrenker innvandrerbarns rettssikkerhet sammenlignet med norske barn i lignende situasjon.

Det kan argumenteres med at fengselsstraff generelt går ut over barna til den som må sone. Det er ikke et ukjent fenomen i norsk strafferett at barn vil kunne bli skadelidende for de handlinger foreldrene deres gjør. En person slipper ikke automatisk fengselsstraff fordi man har barn som trenger dens omsorg. I mange tilfeller vil likevel personer som sitter i fengsel og som har barn ute, kunne gis permisjon for å treffe sine barn. Samtidig vil det være mye enklere for disse barna å komme på besøk i fengselet, enn det er for barn av utviste å besøke sine foreldre. I utvisningssaker vil den utviste normalt også bli gitt et innreiseforbud slik at det ikke er mulig for dem å reise til Norge for å treffe sine barn. Det kan også være at et utvisningsvedtak blir fattet etter at personen har sonet sin fengselsstraff,

¹⁰⁴ Meidell (2010) s. 183

¹⁰⁵ Meidell (2010) s. 183

¹⁰⁶ FNs barnekomité (2010)

og at barna dermed allerede har gått gjennom én adskillelse fra forelderen. Dette gjør at barn av innvandrere blir dårligere stilt enn andre barn, noe som vanskelig kan sies å være rettferdig.

5.3.2 Er utvisning en rimelig sanksjon generelt?

Det kan stilles spørsmål ved om det i det hele tatt er rettferdig at det finnes en pønal tilleggssanksjon for utlendinger som begår lovbrudd i Norge. Finnes det en rimelig forklaring på at det ikke også for disse menneskene skal være tilstrekkelig med en fengselsstraff eller lignende dersom man begår en forbrytelse? I alle samfunn finnes det personer som bryter loven fra tid til annen. Dette gjelder for nordmenn på samme måte som det gjelder for utlendinger. Som en del av norsk utlendingspolitikk og Norges folkerettslige forpliktelser har man gitt tillatelse til at utlendinger skal få komme til Norge og bosette seg og arbeide her. Som en slags motytelse forventer man da at personen respekterer norske lover og regler på lik linje med nordmenn. Videre er det forventet at man deltar i norskundervisning slik at man er i stand til å bidra til samfunnet. I det store og hele forsøker man å integrere utlendinger slik at de skal fungere på best mulig måte i samfunnet. Når samfunnet bruker betydelige ressurser på å integrere nye borgere, kan det virke paradoksalt at man på bakgrunn av et senere lovbrudd skal sende dem ut av landet. Det vil både være et signal om at norske myndigheter ikke har lyktes i sin integreringspolitikk, samtidig som det blir gjort et skille mellom nordmenn og utlendinger som vanskelig kan sies å være rettferdig. Når man velger å ta imot utlendinger og gjøre dem til en del av det norske samfunnet, bør de ikke da også bli behandlet på lik linje med alle andre, med bruk av de sanksjonsmuligheter som finnes i straffeloven? Dersom man velger å sende personer med lovlig opphold ut igjen av landet, kan det i stor grad ses på som en unnlatelse av å ta fullt ansvar for de man har bestemt skal få opphold. På samme måte kan man spørre om det ikke er usolidarisk å eksportere sosiale problemer til andre land.

Mange lovbrudd blir gjort uten forsett eller overlegg. På samme måte som nordmenn begår lovbrudd uten egentlig å ønske det eller tenke særlig over sanksjonene, vil også utlendinger stå i fare for det. Det som derimot skiller utlendingers lovbrudd fra andres, er at de ikke

bare kan føre til straff i Norge, de kan også føre til at man blir utvist fra landet, og kanskje også blir skilt fra sin familie for en tidsbestemt periode. Rettferdighet og ikke-diskriminering er at like tilfeller skal behandles likt og ulike tilfeller skal behandles ulikt. Da kan det vanskelig sies å være rettferdig at noen blir straffet hardere bare fordi de ikke er norske statsborgere. De strafferettslige sanksjoner Stortinget har vedtatt bør være tilstrekkelige også i disse tilfellene.

Det følger av forarbeidene¹⁰⁷ at det vil kunne stride mot den alminnelige rettsfølelse og svekke folks tillit til utlendingspolitikken dersom det ikke var rom for å utvise utlendinger som begår kriminalitet. Å bruke et slikt uttrykk som den alminnelige rettsfølelse som generell begrunnelse for en regel vil lett kunne gi en overdreven forestilling av klarheten og uniformiteten i folks oppfatning. Meningen til folk er ofte sprikende, og det kan være forskjell mellom folks svar på generelle spørsmål om utlendingspolitikken og deres reaksjon i et enkelttilfelle¹⁰⁸. I og med at Stortinget som lovgiver er valgt av folket vil det under ethvert lovarbeid alltid bli tatt et visst hensyn til den alminnelige rettsfølelse. Dersom lovgiver ikke er i takt med folkets oppfatning, vil det lett kunne føre til mistillit mot politikerne, svekke tilliten til rettspleien, og til og med kunne føre til private straffesanksjoner. Det vil imidlertid verken være heldig eller stemme med norsk rett om den alminnelige mening alltid skal være avgjørende. Domstolene må bygge på sine egne vurderinger¹⁰⁹. At hensynet til den alminnelige rettsfølelse får en fremtredende og kanskje også avgjørende rolle i forarbeidene, kan bidra til at dette argumentet blir tillagt mer vekt enn det bør, og vil kunne spille inn som et avgjørende moment i enkelttilfeller. Dette vil kunne gå på bekostning av andre momenter i forholdsmessighetsvurderingen som skal bli foretatt av de som kjenner den enkelte sak. Man bør derfor være varsom med å bruke den alminnelige rettsfølelse som et tungtveiende argument for at en utvisning skal opprettholdes.

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007)

¹⁰⁸ Andenæs (2004) s. 80

¹⁰⁹ Andenæs (2004) s. 81

6 Bør forholdsmessighetsvurderingen overtas av domstolene?

Det følger av utl. § 72 at vedtak om utvisning treffes i første instans av Utlendingsdirektoratet etter saksforberedelse av politiet. Under arbeidet med utlendingsloven kom det opp som et eget spørsmål om utvisningsvurderingen burde bli overtatt av domstolene og besluttes samtidig med domsavsigelsen i straffesaken. I en rekke andre land er spørsmålet om utvisning overlatt til domstolene, og da gjerne i sammenheng med behandlingen av spørsmålet om straff eller liknende¹¹⁰. I eksempelvis Danmark og Sverige er det de alminnelige domstolene som treffer avgjørelse om utvisning på grunn av kriminalitet¹¹¹. Den gjeldende ordningen med UDI som vedtaksmyndighet ble imidlertid videreført i den nye utlendingsloven. Det ble lagt avgjørende vekt på at utvisning er en forvaltningssak og ikke en straffesak. Videre mente departementet at administrativ behandling best ville sikre rettssikkerhet, forutberegnelighet og likebehandling i utvisningssaker¹¹². Både UDI og UNE er spesialiserte forvaltningsorganer på utlendingsrettens område med unik kjennskap til praksis og informasjon om landene personene kommer fra. Ved utvisning skal det alltid vurderes om det er mulig å sende personen tilbake til opprinnelseslandet, eller om det vil være i strid med prinsippet om *Non refoulement*¹¹³. Det er ofte omfattende og kompliserte avveininger som ligger til grunn for denne vurderingen, hvor det kreves inngående kjennskap til opprinnelseslandet¹¹⁴.

Det er samtidig slik at en vurdering av utvisningen i ettertid kan bidra til at det foretas en mer selvstendig vurdering av utvisningsspørsmålet enn når det avgjøres i forbindelse med, og av de samme aktørene som i straffesaken. Videre kan forholdene ha endret seg vesentlig fra tidspunktet for straffesaken til det er aktuelt å effektivere et utvisningsvedtak, noe som kan tale både til fordel og ulempe for den utviste. Dette kan særlig være tilfelle hvor det har blitt ilagt forholdsvis strenge fengselsstraffer. Samtidig vil en lang venteperiode i påvente

¹¹⁰ Utlendingsloven – kommentarutgave (2010) s. 422

¹¹¹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007), Utlänningslag kap. 8, 9 §

¹¹² Ot.prp. nr. 75 (2006-2007)

¹¹³ Jfr. utl. § 73

¹¹⁴ NOU 2004: 20

av en effektuering kunne være belastende for den som skal bli sendt ut, da man ikke vet når og om en utvisning kommer til å skje. I Sverige har man opplevd noen uheldige tilfeller hvor det har blitt ilagt strafferabatt som følge av utvisning, men hvor vedkommende likevel ikke har blitt utvist på grunn av etterfølgende forhold. Straffen har da ikke kunnet bli endret. Tilsvarende har man hatt tilfeller hvor man i forbindelse med straffesaken har funnet at det foreligger hindre mot retur, men at disse hindrene senere er bortfalt ved løslatelse uten at det da er mulig å ta utvisningen opp til ny vurdering¹¹⁵.

På den annen side vil en domstolsbehandling av den enkelte sak kanskje medføre en bedre behandling av den konkrete saken. At departementet i forarbeidene bruker rettssikkerhets-hensyn som et motargument mot domstolsbehandling, er oppsiktsvekkende og kan vitne om en overdreven tro på forvaltningens kompetanse. Saksbehandlingen i forvaltningen kan lett bli en formalisert prosess hvor det blir fattet beslutninger på bakgrunn av lignende saker. Dette kan igjen bli et rettssikkerhetsproblem ved at den enkeltes framtid blir bestemt av saksbehandlere som kanskje ikke engang har møtt personen vedtaket gjelder for, og på den måten er ute av stand til å danne seg et helhetlig bilde av ham eller henne. Domstolene vil derimot som regel møte personen som blir utvist i retten, og høre hans eller hennes forklaring. Forholdene i hjemlandet vil kunne komme inn i en bevisvurdering i straffesaken, og domstolene har i stor grad allerede lagt opp grensene for når en utvisning er forholdsmessig. Det er derfor ikke det samme behovet for en spesialisert forvaltning på dette området, da gyldigheten av utvisningsvedtaket til syvende og sist uansett vil kunne prøves av domstolene. Rettssikkerheten til utlendinger som utvises på grunn av brudd på straffeloven, kan også være truet ved at man ikke automatisk får fri rettshjelp i slike saker¹¹⁶. En undersøkelse fra 1996 viste at nesten alle opplysninger om utlendingens tilknytning til Norge kom fra advokaters tilsvær og klager, fordi UDI ikke har kapasitet til å fremskaffe denne informasjonen selv¹¹⁷. Da retten til fri rettshjelp i slike saker ikke er vesentlig endret, er det grunn til å tro at denne praksisen fortsatt er gjeldende. Dersom

¹¹⁵ NOU 2004: 20

¹¹⁶ Jfr. utl. § 92

¹¹⁷ Nybø og Liljegren (1997) s. 195

spørsmålet om utvisning kommer opp i straffesaken, vil utlendingen ha mulighet til å få sine synspunkter lagt fram av en advokat. Domstolene vil også kunne være bedre egnet til å vurdere hensynet til barn enn det forvaltningen er, da domstolene har bred erfaring med slike vurderinger.

Dersom domstolene tar stilling til utvisningen i forbindelse med straffesaken, vil den utmålte straffen umiddelbart bli tatt i betraktning i forholdsmessighetsvurderingen. Hele saken blir da belyst under ett, og domstolene vil være velegnete til å vurdere en eventuell gjentakelsesfare og hensynene bak utvisningsinstituttet¹¹⁸. En utvisning er en retrospektiv sanksjon, hvor spørsmålet er hva slags konsekvenser en allerede foretatt handling skal få for de ansvarlige. Slike vurderinger har likhetstrekk med de domstolene foretar i straffesaker. Gode grunner taler derfor for at domstolene er vel så godt egnet som forvaltningen til å foreta vurderinger av om utvisning er en forholdsmessig reaksjon.

En utvisning er et omfattende inngrep i den enkeltes liv, og uavhengighetsbehovet kan være stort når statens maktapparat settes inn overfor borgerne. Det kan derfor være heldig med en uavhengig tredjeinstans til å vurdere bruken av en slik sanksjon i det enkelte tilfelle¹¹⁹. Samtidig vil det kunne være en fordel for utlendingen å få fastsatt konsekvensene av en straffbar handling i én prosess, og bli innrømmet en passende strafferabatt som følge av utvisningen¹²⁰. Dette kan også begrunnes i effektivitetshensyn. Hvor man allerede har en straffesak, vil det kunne virke svært formalisert og lite tidsbesparende dersom det etter straffesaken skal foretas en ny vurdering av hvorvidt utvisning skal skje. Med de saksbehandlingstidene disse sakene ofte har i dag, vil dette kunne virke ekstra belastende for den vedtaket gjelder for.

Det er argumenter som taler for og mot en domstolsbehandling av utvisningssaker. Det er likevel grunn til å spørre om det ikke ville ha vært bedre for den vedtaket gjelder for om

¹¹⁸ Se høringsnotatene fra FFP og KIM i Ot.prp. nr. 75 (2006-2007)

¹¹⁹ Berg (2005) s. 72

¹²⁰ NOU 2004: 20

spørsmålet kom opp i en straffesak. Saken ville da blitt løst av en uavhengig part som har særlig erfaring med å vurdere betydningen av pønale reaksjoner. Dette vil særlig gjelde i de tilfeller hvor det foreligger brudd på straffeloven, og sanksjonene av lovbruddet dermed bør ses under ett. Dersom det foreligger brudd på utlendingsloven vil det sannsynligvis være mer hensiktsmessig om forvaltningen foretar utvisningsvurderingen med muligheter for en senere overprøving av domstolene. Dersom alle slike vedtak skal besluttet av domstolene, vil det føre til en uforholdsmessig stor belastning på rettssystemet.

7 Avslutning

Rettspraksis har vist at det i dag først og fremst er to momenter som er avgjørende for om en utvisning er uforholdsmessig. Det er for det første hensynet til barn som er bosatt i Norge, og for det andre en sterk tilknytning til riket. Disse hensynene blir da fortrinnsvis vektet mot forholdets alvor, tilknytningen til hjemlandet, og innvandringsregulerende hensyn. Ved en vurdering av tilknytningen til riket vil det ut fra rettspraksis kunne konkluderes med at ankomst til Norge i en alder av 12 år ligger i det absolutt nedre sjikt av når det vil være forholdsmessig å utvise. Dersom man er yngre enn tolv år ved ankomst til Norge, vil det normalt være uforholdsmessig å utvise, med mindre personen har en særlig tilknytning til hjemlandet, slik som familie, språkkunnskaper og lignende.

De situasjonene hvor det kanskje vil være mest inngripende å utvise, er de tilfellene hvor den utviste har barn som forblir i Norge etter at utvisningen er effektivt. Tidligere var det en oppfatning av at utvisning av personer med barn bare ville være uforholdsmessig dersom det ville føre til uvanlig store belastninger for barna. Etter dommen i Rt. 2011 s. 948 vil dette bare være gjeldende dersom det foreligger svært alvorlige forbrytelser. Av praksis¹²¹ kan det sluttet at det ofte legges avgjørende vekt på om barnet tidligere har vært

¹²¹ Jfr. Rt. 2005 s 229, Nunez v Norway og Antwi v Norway

gjennom en særlig belastende situasjon, preget av adskillelse fra en av foreldrene, stress, samlivsbrudd, og lignende. I *Nunez* var dette det avgjørende momentet for at utvisningen var et brudd på art. 8, og det ble på nytt stadfestet i *Antwi*. Videre er barnets alder viktig, og det er en generell oppfatning at jo yngre barnet er, jo mer avhengig er det av foreldrenes omsorg. Samtidig følger det av EMDs praksis at ved de tilfeller hvor samlivet mellom foreldrene blir opprettet før det er sikkert om den ene får bli i Norge, skal det mer til for at en utvisning vil være uforholdsmessig. Begrunnelsen er at partene da aldri har kunnet ha noen forventning om å fortsette samlivet i Norge.

Etter dommene i *Nunez* og *Kashtanjeva*¹²² har UDI tatt til orde for en mer lempelig praksis ved utvisning av personer med barn i riket, uten at Justisdepartementet har sluttet opp om dette. Uavhengig av departementets syn vil likevel disse dommene kunne ha betydning som prejudikater ved senere saker.

Det har videre i avhandlingen blitt diskutert hvorvidt utvisning er en egnet, nødvendig og rimelig sanksjon. At utvisning har en viss allmennpreventiv effekt, kan det nok konkluderes med. Om denne allmennpreventive effekten likevel kan veie opp for de barna som blir skadelidende ved at en av foreldrene må reise fra Norge, er derimot diskutabelt. Det vi ser av den gjeldende praksisen, er at innvandrerbarn, som i seg selv kan sies å være en sårbar minoritet, står i fare for å måtte vokse opp uten en far eller mor, og derfor bli vesentlig dårligere stilt enn sine norske venner. Barna har ikke selv valgt den situasjonen de er i, og en utvisning av en av foreldrene vil kunne medføre at en ellers utfordrende hverdag, kanskje blir enda vanskeligere. Barna blir i slike saker skadelidende for foreldrenes handlinger, og de vil ofte ha vanskelig for å forstå hvorfor de ikke får være sammen med en av foreldrene sine. Dette kan igjen skape mistillit og avmakt overfor norske myndigheter. Samtidig blir ikke barnas situasjon i tilstrekkelig grad belyst. Det føres lite bevis for hvilken situasjon barna er i, og det er uklart i hvilken grad deres rett til å bli hørt blir tilstrekkelig ivarettatt. Barns rett til å bli hørt i alle saker som berører dem, er klart hjemlet i

¹²² Rt. 2011 s. 948

Barnekonvensjonen, og dette prinsippet bør etterstrebes av norske myndigheter også i utvisningssaker. Det har på bakgrunn av dette blitt tatt til orde for at den praksisen som i dag føres, ikke er rettferdig overfor barna og bør revurderes av norske myndigheter.

På samme måte er det tatt til orde for en revurdering av utvisningspraksisen mer generelt når utlendingen har en sterk tilknytning til Norge. Dersom en utlending oppholder seg over lengre tid i landet, og bidrar til det norske samfunnet på linje med nordmenn ellers, kan det spørres om ikke disse personene på et tidspunkt må anses som fullverdige medlemmer av det norske samfunnet, og derfor også bør bli behandlet etter de alminnelige sanksjonsmulighetene man i dag benytter overfor norske borgere som begår lovbrudd.

At man går helt bort fra praksisen med å kunne utvise utlendinger som ikke er ønsket, vil nok ikke komme til å skje, og vil nok heller ikke være hensiktsmessig. I visse tilfeller vil utvisning trolig ha noe for seg, både allmennpreventivt og for å beskytte samfunnet. Dette bør imidlertid forbeholdes de tilfeller der personen har liten eller ingen tilknytning til Norge, eller er en fare for rikets sikkerhet. Utvisning er likevel et politisk betent spørsmål hvor det er få politikere som våger å ta til orde for en mer liberal utvisningspolitikk. Nyere rettspraksis fra Høyesterett og EMD har vist at domstolene beveger seg i retning av å legge større vekt på hensynet til barn, og ting kan tyde på at fokuset på barn i hvert fall ikke vil bli mindre i tiden som kommer. Likevel er gjeldende rett i dag at hensynet til barn ikke utelukkende får en avgjørende betydning, men skal være et grunnleggende hensyn som skal tillegges stor vekt.

Til slutt har det blitt foretatt en vurdering av om domstolene eller utlendingsmyndighetene er best egnet til å fatte vedtak om utvisning. Det har blitt tatt til orde for en ordning lik den man har i Danmark og Sverige, hvor det er domstolene som fatter beslutning om utvisning ved brudd på straffeloven. Gode grunner kan tale for at en slik ordning også bør bli gjeldende i Norge.

8 Litteratur- og kildeliste

Bøker

Aall, Jørgen *Rettsstat og menneskerettigheter*. 3. Utg. Bergen, Fagbokforlaget, 2011.

Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 5. Utg. ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn. Oslo, Universitetsforlaget, 2004.

Berg, Bjørn O., *Forvaltningssanksjoner*. 1. Utg. Oslo, Universitetsforlaget, 2005.

Eckhoff, Torstein *Rettskildelære*. 5. Utg. ved Jan Helgesen. Oslo, Universitetsforlaget, 2001.

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith *Forvaltningsrett*. 9. Utg. Oslo, Universitetsforlaget, 2010.

Einarsen, Terje. *Barns rettsstilling i utlendingsretten – Et domstolsperspektiv*. I: Mary-Ann Hedlund (red.), *Barnerett – Internasjonalt perspektiv*. 1. Utg. Bergen, Fagbokforlaget, 2008, s. 11-34.

Graver, Hans Petter. *Alminnelig forvaltningsrett*. 3. Utg. Oslo, Universitetsforlaget, 2007.

Haugli, Trude. *Hensynet til barnets beste*. I: Njål Høstmælingen [et. al.] (red.), *Barnekonvensjonen*. 2. Utg. Oslo, Universitetsforlaget, 2012, s. 51-72.

Mathiesen, Thomas. *Kan fengsel forsvarer?*. 3. Utg. Oslo, Pax Forlag, 2007.

Meidell, Merete Havre. *Brutte bånd ved utvisning av foreldre – rettferdig for hvem?* I: Beatrice Halsaa og Anne Hellum (red.), *Rettferdighet*. 1. Utg. Oslo, Universitetsforlaget, 2010, s. 169-185.

Sandberg, Kirsten. *Asylsøkende barns rettigheter*. I: Njål Høstmælingen [et. al.] (red.), *Barnekonvensjonen*. 2. Utg. Oslo, Universitetsforlaget, 2012, s. 282-308.

Smith, Lucy og Peter Lødrup. *Barn og foreldre*. 7. Utg. 2. Opplag. Oslo, Gyldendal, 2006.

Stang, Elisabeth Gording. *Barns rett til familie og omsorg, særlig om barnevernet*. I: Njål Høstmælingen [et. al.] (red.), *Barnekonvensjonen*. 2. Utg. Oslo, Universitetsforlaget, 2012, s. 157-184.

Utlendingsloven – kommentarutgave. Redigert av Vigdis Vevstad. 1. Utg. Oslo, Universitetsforlaget, 2010.

Utlendingsrett. Redigert av Runa Bunæs [et. al.]. 1. Utg. Oslo, Universitetsforlaget, 2004.

Artikler

Boe, Erik. ”Sterke menneskelige hensyn” – For sterke for Høyesterett? I: *Kritisk Juss*. Årg. 35 (2009) s. 9-32.

Graver, Hans Petter. *Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten*. I: *Tidsskrift for Rettsvitenskap*. (2004) s. 465-499.

Hansen, Irene Palm og Gunhild Bolstad. *Når tilhører en utlending vårt samfunn og er Norges ansvar, på godt og vondt?* I: *Kritisk Juss*. Årg. 31 (2005) s. 4-26.

Nybø, Stine Dordy og Therese Liljegren. *One strike and you're out – om utvisning av straffedømte utlendinger*. I: *Kritisk Juss*. Årg. 23 (1997) s. 189-197.

Lover og forskrifter

1902 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10.

1981 Lov om barn og foreldre (barnelova) av 8. april 1981 nr. 7.

1992 Lov om barneverntjenester (barnevernloven) av 17. juli 1992 nr. 100.

1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30.

2005 Lov om norsk statsborgerskap (statsborgerloven) av 10. juni 2005 nr. 51.

2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90.

2008 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 15. mai 2008 nr. 35.

2009 Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften) av 15. oktober 2009 nr. 1286.

Utenlandske lover

Utlänningslag Utlänningslag (2005: 716) [Sverige]

Konvensjoner

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma, 4. november 1950.

FNs konvensjon om barnets rettigheter, New York, 20 november 1989.

Forarbeider

NOU 2004: 20 Ny utlendingslov.

Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (Utlendingsloven).

Rundskriv

GI-14/2011 Instruks om utøving av skjønn etter utlendingslova § 70 – vurdering av forholdsmessighet i utvisingssaker som rår barn.

Generelle uttalelser fra FNs barnekomité

CRC/C/GC/12 FNs barnekomité. General Comment no. 12 (2009). The right of the child to be heard.

Høyesterettsdommer

Rt. 1996 s. 551

Rt. 1998 s. 1795

Rt. 2000 s. 591

Rt. 2000 s. 996

Rt. 2005 s. 229
Rt. 2005 s. 238
Rt. 2005 s. 833
Rt. 2007 s. 667
Rt. 2007 s. 1573
Rt. 2008 s. 560
Rt. 2008 s. 681
Rt. 2008 s. 1409
Rt. 2009 s. 534
Rt. 2009 s. 546
Rt. 2009 s. 705
Rt. 2009 s. 851
Rt. 2009 s. 1261
Rt. 2009 s. 1374
Rt. 2009 s. 1432
Rt. 2010 s. 1430
Rt. 2011 s. 948 (Kashtanjeva)

Dommer fra Den Europeiske Menneskerettighetsdomstol

Maaouia v France	EMD, 5. oktober 2000.
Boultif v Switzerland	EMD, 2. august 2001.
Rodrigues da Silva and Hoogkamer v the Netherlands	EMD, 31. januar 2006.
Üner v the Netherlands	EMD, 18. oktober 2006.
Darren Omoregie and others v Norway	EMD, 31. juli 2008.
Nunez v Norway	EMD, 28. juni 2011.
Antwi and others v Norway	EMD, 14. februar 2012.

Nettdokumenter

Barneombudet. *Barn med utviste foreldre*. 2012.

<http://www.barneombudet.no/utvisteforeldre/> [Sisert 16. mars 2012]

Einarsen, Terje. *Note til utlendingsloven § 70. I: Gyldendal rettsdata* [Sisert 17. januar 2012].

FN. *Human Development Index*. 2011.

http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2011_NO_Summary.pdf [Sisert 1. februar 2012]

FNs Barnekomité. *Considerations of reports submitted by States parties under article 44 of the Convention*. 2010.

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.NOR.CO.4.pdf> [Sisert 28. Mars 2012]

Søvig, Karl Harald. *Hensynet til barna ved utvisning av foreldrene. I: Tidsskrift for Familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*. 2011, s. 281-301 [Sisert fra Rettsdata].

UDI. *Nøkkeltall om innvandring 2010*. Oslo 2011.

<http://www.udi.no/Nyheter/2011/Nokkeltall-om-innvandring-2010/> [Sisert 24. januar 2012]

UDI. *Årsrapport 2010*. Oslo 2011. <http://www.udi.no/arsrapport2010/Statistikk/Tabell-12/> [Sisert 8. februar 2012]

UDI. *Endring av praksis som følge av dom i Høyesterett og EMD*. Oslo 2011.

<http://www.udi.no/Global/Brev%20til%20JD.pdf> [Sisert 7. februar 2012]

Media

NRK Dagsrevyen, 5. februar 2012.

